Hartmañ

Ueber das

römische Contumacialverfahren

von

Dr. Otto Ernst Hartmann,
außerordentlichem Professor der Rechte in Göttingen.

Göttingen,
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1851.

Inhalt.

Einleitung. §. 1. . . . . Seite 1—3

Erster Abschnitt. Die Absentia. §. 2—12. . . . — 4—74

Aufstellung der streitigen Frage. §. 2. . . . . . . — 4

Vorbemerkung. § 3. . . . . — 8

Cicero pro Quinctio. Hauptbeweis. §. 4. . . . . . — 9

Fortsetzung. Gegenbeweis. §. 5. . . . . — 22

Fortsetzung. Ergänzung des Edictes Qui absens iudicio defensus non fuerit. §. 6. . . . . . . — 30

Fortsetzung. Inhalt jenes Edictes. §. 7. . . . . — 36

Gajus. §. 8. . . . . — 45

Die Pandekten. Restitutio Majorum. §. 9. . . . . — 48

Fortsetzung. L. 7. §§. 17 et 18. D. quib. ex causis 42, 4. §. 10. . . . . — 58

Fortsetzung. Possessio Rei servandä causa. §. 11. . — 63

Fortsetzung. Gegenbeweis. §. 12. . . . . — 67

Zweiter Abschnitt. Die Latitatio und das Vadimonium desertum. §. 13. . . . . — 75—86

Dritter Abschnitt. Die Wirkung der Bonorum Venditio. §. 14. . . . . S. 87—101

Vierter Abschnitt. Die Contumacia. §. 15—23. — 102—213

Einleitung (Lex Rubria). §. 15. . . . . — 102

Die herrschenden Ansichten. §. 16. . . . . — 123

Fortsetzung. §. 17. . . . . — 132

Das Gebiet des Contumacialverfahrens. §. 18. . . — 157

Die Folgen der Contumacia. §. 19. . . . . . . — 172

Fortsetzung. L. 80. D. de rei vind. 6, 1. §. 20. — 178

Fortsetzung. L. 20. §. 1. D. de interrog. in iure 11, 1. §. 21. . . . . — 184

Fortsetzung. L. 8. C. quomodo et quando iudex 7, 43. §. 22. . . . . — 202

Besondere Fälle. Contumacia des Klägers. §. 23. — 211

Schluß. §. 24. . . . . — 213—220

Erster Anhang. Ueber die Vocatio in Jus. . . . . — 222—231

Zweiter Anhang. Zur Lehre vom Vadimonium. . . — 232—251

Einleitung.

§. 1.

Da der Contumacialproceß zu den wesentlichen Bestandtheilen eines jeden rechtlichen Verfahrens gehört, so wird er für die Einsicht in dessen inneren Zusammenhang von einer nicht unerheblichen Bedeutung sein. Demungeachtet sind die Meinungen über das römische Ungehorsamsverfahren von jeher sehr weit auseinander gegangen. Eine solche Erscheinung läßt vermuthen, daß die richtige Auffassung beträchtlichen Schwierigkeiten unterliegen möge; und die allgemeine Vermuthung wird durch das besondere Zeugniß bewährter Autoritäten bestätigt [1]). Diese Umstände haben in mir den Wunsch erregt, für die Aufklärung jener Materie etwas beitragen zu können.

Indessen machte es die Verschiedenheit der Ansichten über mehrere Hauptgrundsätze von vornherein unthunlich, die Lehre vollständig und in ihrem gesammten Detail darzustellen. Bei einer solchen Art der Behandlung würde ich nur zu leicht Gefahr gelaufen sein, in Folge eines Irrthums über die Grundprincipien eine völlig nutzlose Arbeit zu liefern. Viel-

---

1) Bethmann Hollweg Handbuch des Civilprocesses. Bd. I. S. 290 oben. — Heffter System des römischen und deutschen Civil-Proceßrechts. §. 320. Note 233.

mehr mußte der Versuch gewagt werden, unter Beseitigung aller Nebenpunkte und Einzelnheiten jene Principien selbst zu finden, und dieselben mit einer gewissen Vollständigkeit sowohl durch positive Beweise zu begründen, als auch gegen den Widerspruch der erheblicheren entgegenstehenden Meinungen in Schutz zu nehmen. Nur auf diesem Wege hatte ich Aussicht, ungeachtet der Irrthümer, welche meiner Darstellung ankleben möchten, wenigstens im Großen und Ganzen die Sache fördern zu können; er ist daher möglichst genau innegehalten worden.

Da es ferner zur Vereinfachung der Aufgabe beizutragen schien, und ohne besonderen Nachtheil für das Uebrige geschehen durfte, so ist das Verfahren nach der Litiscontestation von der Betrachtung ausgeschlossen worden. Dagegen konnte ich wegen des nothwendigen Zusammenhanges nicht umhin, auch andere Fälle der Abwesenheit, als die eigentliche Contumacia, in das Bereich der Untersuchung zu ziehen, und bin daher in dieser Hinsicht der allgemeineren Bedeutung gefolgt, welche man gegenwärtig mit dem Ausdrucke Contumacialverfahren zu verbinden pflegt.

Innerhalb der so eben angegebenen Grenzen ließen sich nun wieder vier Hauptfälle unterscheiden. Es kann nämlich sein, daß der künftige Beklagte zu der Zeit, wo er verklagt werden soll, ohne besonderes Verschulden abwesend ist und nicht vorgeladen werden kann; diesen Fall habe ich der Kürze wegen „Absentia“ schlechthin, oder „einfache Absentia“ genannt. Oder es kann sein, daß er sich betrüglicher Weise verbirgt, um der Vocation zu entgehen; dies ist Latitatio. Oder er erscheint ungeachtet einer zu seiner Kenntniß gekommenen obrigkeitlichen Ladung nicht — Contumacia. Oder endlich, er verspricht dem Kläger, sich zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Orte zu stellen, bleibt aber

dennoch aus — Vadimonium desertum. Die so eben beobachtete Reihenfolge würde auch wohl für eine systematische Darstellung unserer Lehre logisch richtig gewesen sein. Allein außer dem bereits ausgeschiedenen Detail wünschte ich rücksichtlich der Principien das Unzweifelhafte, oder wenigstens der herrschenden Meinung Entsprechende wieder nur insoweit zu berühren, als das Verständniß der Streitpuncte es erforderlich machte. Denn erst hierdurch glaubte ich mir diejenige Freiheit der Bewegung zu sichern, welche für die Lösung der eigentlichen Aufgabe nicht zu entbehren war. Die Rücksichten des Systems mußten also den Rücksichten der Zweckmäßigkeit weichen; und der letzteren schienen nun folgende vier Haupteintheilungen am Meisten zu entsprechen:

I. Die Absentia.

II. Die Latitatio und das Vadimonium desertum.

III. Die Wirkung der Bonorum Venditio.

IV. Die Contumacia.

Diese Eintheilungen sind also der Darstellung zu Grunde gelegt worden. Die Unterabtheilungen im ersten und vierten Abschnitte haben wieder besondere Ueberschriften erhalten, welche hoffentlich zur Erleichterung des Ueberblicks über das Ganze beitragen werden.

Erster Abschnitt.

Die Absentia.

§. 2.

Aufstellung der streitigen Frage.

Wenn der künftige Beklagte — ich werde ihn im Folgenden kurzweg den Beklagten nennen — abwesend ist und in Folge davon nicht vor Gericht geladen werden kann, so ist die Klage selbst nicht anstellbar, sondern der Kläger erhält eine Missio in Bona, um seinen Gegner zum Erscheinen zu nöthigen [1]).

Bestritten ist es hierbei, ob jene Missio nur Custodiae causa gegeben wurde, sodaß der Kläger, ohne sich aus den Gütern des Abwesenden befriedigen zu dürfen, dessen Rückkehr erwarten mußte; oder ob sie den Effectus Venditionis hatte, jener also die Güter des Abwesenden proscribiren und nach Ablauf von sechszig Tagen verkaufen konnte.

Die herrschende Meinung ist für das Letztere [2]); und

---

1) Vgl. z. B. Heffter a. a. O. §. 164. — Brackenhöft, Erörterungen zu Linde's Lehrbuch §. 87.

2) Stieber, de Bonorum Emtione apud veteres Romanos. Lips. 1827. p. 41 sqq. — Zimmern, Geschichte des Röm. Privatrechts.

als ihr kräftigster Vertreter kann wohl Keller [3]) angesehen werden. Indem es ihm bei der Erklärung der Rede Cicero's für den Publius Quinctius darauf ankommt, die Ansicht zu widerlegen, nach welcher die Güter des Quinctius proscribirt wurden, weil derselbe latitirte, so äußert er sich folgendermaßen:

„Neque originem duxit (scil. illa opinio) ex orationis huius contemplatione, verum ex prava quadam iuris civilis doctrina, adeo hodie explosa atque a melioris notae scriptoribus repudiata, ut qui ante Gaium repertum eam excogitaverunt, excusatione, qui abhinc in ea perseveraverunt, vix miseratione digni esse existimentur.

Nimirum error in eo fuit, quod ex aliquot Digestorum locis male intellectis temere concludebatur, missionis ac possessionis diversum omnino genus, ius, ordinem exitumque fuisse, prout aut latitatio aut absentia postulandi causa esset; videlicet absentis bona creditoribus possidere iussis custodire tantum ac servare licuisse, latitantis vero quasi civiliter possidere certoque ordine etiam proscribere atque vendere ius fuisse.

— — — —

Verumtamen de isto errore iam nimium etiam diu disputare mihi videor. Hodie enim inter omnes constat,

---

Bd. III. §. 77. — Bethmann Hollweg a. a. O. S. 281 ff. — Rein, Römisches Privatrecht. S. 490. № 1. — Puchta, Cursus der Institutionen. Bd. II. §. 160. — Walter, Röm. Rechtsgeschichte. §. 716 vor Note 21. — Huschke, Ueber das Recht des Nexum. S. 168 u. 169.

3) Semestrium ad M. T. Ciceronem Libri Sex. Turici 1842. Vol. I. p. 49.

eodem iure fuisse et qui latitantis et qui absentis debitoris bona, ut possideret, aut postularet aut impetrasset, eandem vim possessionis, eadem tempora, eundem tam proscriptionis quam venditionis exitum atque effectum" etc. etc.

Demungeachtet hat Heffter die hier verworfene Ansicht noch später wenigstens nicht völlig aufgegeben, aber freilich mit dem eigentlichen Contumacialverfahren in Verbindung gesetzt [4]); und von den ältern Schriftstellern, bei denen sie die durchaus herrschende war, mag es genügen, auf Cujacius und Donellus zu verweisen. Ersterer kennt, abgesehen vom Executionsverfahren gegen den Judicatus, nur folgende Gründe einer Missio mit dem Rechte des Verkaufes: „Si debitor vel possessor fraudationis causa latitet, ne in ius vocari possit, et boni viri arbitratu non defendatur; — vel si postea, quam in ius vocatus est et cavit iudicio sisti, aut latitet aut absens debitor non defendatur; — vel si exilii causa solum verterit, nec defendatur; — vel si defuncto heres non exstet [5]); und Letzterer ist ebenfalls sehr bemüht, die einzelnen Fälle gehörig ausein-

---

4) a. a. O. § 320 zu Note 233. Das Genauere s. §. 17. — Jene Ansicht findet sich ferner bei Schweppe, Röm. Rechtsgeschichte herausgeg. von Gründler, §. 589 zu Note 7; die als Beleg allegirte Stelle L. 6. §. 1 u. 2. D. quib. ex caus. 42. 4. handelt jedoch von etwas ganz Anderem. — Die Meinung Heimbach's in Weiske's Rechtslexicon Bd II. S. 346 ist mir, bei der Vergleichung des unter b und e im Texte und in den Noten 21 und 24 Gesagten, vollkommen unklar geblieben.

5) Paratitl. ad Dig. lib. XLII. Tit. 4; cf. Tit. 1. — Vgl. auch Obs. X, 31: „Neque tamen ex his omnibus causis bona, quae ex edicto possessa sunt, etiam proscribuntur et venduntur, non certe si absens nec latitans iudicio non defendatur."

anderzuhalten, rechnet aber die Absentia ausdrücklich nicht dahin [6]). Auch glaube ich kaum, daß eine Autorität, wie Keller, sich über unsere Frage mit so vieler Entschiedenheit ausgesprochen haben würde, wäre nicht sein hauptsächliches Augenmerk auf einen andern Punct, auf das Latitiren, gerichtet gewesen; und in letzterer Beziehung stimme ich völlig überein, daß es irrig ist, diese Causa der Missio in Bona im Falle des Quinctius unterzuschieben.

Wenn ich dem Leser demungeachtet jenen starken Widerspruch vorlegte, so geschah dies theils im Interesse der Sache, theils zu meiner eigenen Entschuldigung. Denn ich halte nicht allein diejenige Ansicht für die richtige, welche für unsern Fall nur eine Missio Custodiä causa gestattet; sondern die Differenz scheint mir auch für die ganze Auffassung des römischen Contumacialverfahrens von präjudicieller Bedeutung zu sein. Nimmt man einmal die herrschende Vorstellung an, daß gegen jeden Indefensus im allerweitesten Sinne des Worts die Bonorum Venditio eingetreten sei, und läßt man sie folgerichtig auch für unsern Fall Platz greifen, so fehlt von vornherein ein sicherer Grund, um den Beklagten in irgend einem andern Falle glimpflicher zu behandeln. In jedem wird ihm mehr zur Last fallen, wie hier, wo er sich nichts weiter zu Schulden kommen läßt, als abwesend zu sein und keinen Procurator oder Defensor zu haben; in jedem würde er an und für sich die Bonorum Venditio verwirkt haben; in jedem würde es als eine besondere Milde erscheinen, wenn man ihn billiger davon kommen ließe: — und es würde folglich alle Aussicht schwinden, feste Principien zu gewinnen, nach welchen sich die einzelnen Fälle auseinanderhalten ließen.

---

6) Comment. de iure civili. Lib. XXIII. cap. 13.

Diese Bedeutung der Frage einerseits, und andererseits der gewichtige Einspruch, gegen welchen ich meine Auffassung zu vertheidigen habe, werden es entschuldigen, daß ich bei der Rechtfertigung derselben ausführlicher zu Werke gehe, als ohne die Kenntniß jener Beweggründe vielleicht billig erschienen wäre.

§. 3.

Vorbemerkung.

Ehe ich mich zu den Quellen wende, kann ich nicht umhin, daran zu erinnern, daß eine Bonorum Venditio gegen den Absens nicht sowohl eine harte, sondern vielmehr eine grausame Maßregel gewesen wäre. Dieselbe führt außer dem Verlust von Hab und Gut auch denjenigen der politischen und Ehrenrechte, die Infamie, mit sich [1]). Letztere hat aber durchaus den Charakter einer Strafe, und überall, wo wir ihr sonst begegnen, tritt sie nur gegen denjenigen ein, welcher eine des Römers unwürdige Handlung begeht. Zwar pflegt man sich hiergegen auf die Möglichkeit der Defension und auf die enge Verpflichtung zu berufen, welche collegia, sodalitates, Patronat u. s. w. nach römischer Sitte begründeten; von demjenigen, der keinen Vertreter findet, dessen sich kein Freund, kein Verwandter oder Genosse annimmt, soll vermuthet werden dürfen, daß er jene Behandlung — nämlich den Verlust seiner gesammten bürgerlichen Existenz —

---

[1]) v. Savigny, System des Röm. Rechts. Bd. II. S. 179 u. 199. — Keller l. c p. 77. —

verdiente [2]). Aber eine derartige Rechtsvermuthung würde dem ganzen sonstigen Character des römischen Strafrechts auf's Entschiedenste widersprechen; und grausam habe ich sie um deswillen genannt, weil sie für die Erreichung des eigentlichen Zweckes sehr überflüssig gewesen wäre. Denn der Zweck der Einrichtung konnte nur dahin gehen, den Kläger sicher zu stellen, und diese Sicherung war ihm vollkommen gewährt, wenn er Hab und Gut seines Gegners verkaufen durfte. Letzteren noch außerdem für infam erklären, das lag entschieden außerhalb der Grenzen des Erforderlichen; und hätte man die Bonorum Venditio für unsern Fall gekannt, so würde man ihr in demselben die Infamie ganz allgemein haben nehmen müssen. Statt dessen ist sie von der Bonorum Proscriptio nur ausnahmsweise getrennt, wenn dieselbe gegen einen Pupillen oder gegen einen **reipublicae causa absens** eintritt [3]).

Gehen wir jedoch zu den Quellen über.

§. 4.

Cicero pro Quinctio. Hauptbeweis.

Unter den uns erhaltenen Nachrichten kommt zunächst die Rede des Cicero für den Publius Quinctius in Betracht, welche die vornehmliche Stütze Kellers bildet. In-

---

2) So Bethmann Hollweg a. a. O. S. 282. 283.

3) Tab. Heracl. v. 115—117. — Ne quis — in Senatu, Decurionibus Conscriptisque esto, neve cui — in eo ordine sententiam dicere ferre liceto, qui —, cuiusve bona ex edicto eius, qui iuri dicundo praefuit, praefuerit, praeterquam si cuius, quum pupillus esset reive publicae causa abesset, neque dolo malo fecit, fecerit, quo magis reipublicae causa abesset, possessa proscriptave sunt erunt.

dessen muß ich nicht allein aus diesem Grunde ein wenig länger bei ihr verweilen; sondern sie ist überhaupt — abgesehen von den Schriften der eigentlichen Juristen — die bei Weitem wichtigste Quelle für diese gesammten Verhältnisse, und wird auch noch in den spätern Abschnitten öfter in Bezug genommen werden.

Die wesentlichen Thatsachen, auf welche es für uns ankommt, sind nun nach der Erzählung des Cicero in Kurzem folgende:

Sextus Nävius und Publius Quinctius, zwei römische Bürger, haben in Gallien eine Societät, namentlich einen gemeinschaftlichen Saltus; außerdem besitzt Quinctius in Gallien noch Prädia privata [1]), und in Rom ein Haus, in welchem sein Weib und seine Kinder wohnen [2]). Als sich beide in Rom befinden, tritt Nävius mit der Behauptung hervor, daß er aus jener Societät Ansprüche an den Quinctius habe, und verlangt Auseinandersetzung [3]). Der Versuch, die Sache gütlich beizulegen, ist fruchtlos; die Parteien schließen daher Vadimonium ab, um sich an einem bestimmten Tage zur gerichtlichen Verhandlung zu stellen. Das Vadimonium wird jedoch mit gegenseitiger Einwilligung öfter hinausgeschoben; und als sich am letzten Termine beide Theile gestellt haben, so erklärt Nävius, daß er keine Ansprüche mehr aus der Societät mache und das Vadimonium aufgeben wolle. Quinctius ist hiermit zufrieden; man geht auseinander; und nach einiger Zeit reis't Quinctius wieder nach Gal-

1) Cap. XXIX. §. 90.

2) Cap. XXVII. §. 85. Cap. XXIX. §. 89.

3) Cap. V. §. 19. Daneben scheint er auch noch eine actio certae pecuniae creditae erhoben zu haben, Cap. XI. §. 37 ff.; indessen interessirt die Art der Klage hier nicht weiter.

lien ab. Kaum erfährt aber Nävius, daß jener fort sei, so begiebt er sich mit Zeugen nach der Tabula Sextia, nimmt hier eine Urkunde darüber auf, daß er sich gestellt, und Quinctius sich nicht gestellt habe, und verlangt sodann vom Prätor Burrienus, die Güter des Quinctius dem Edicte gemäß in Besitz nehmen zu dürfen. Dieser gestattet es, sofern es dem Edicte gemäß sei [4]). Nun versucht Nävius, den Besitz der Güter zu ergreifen und dieselben zu proscribiren; aber der Ritter Sextus Alfenus tritt als Defensor des abwesenden Quinctius auf, reißt die aufgehängten Libelli Proscriptionis ab, führt einen Sclaven, den Nävius bereits ergriffen hatte, wieder in das Haus des Quinctius zurück, und erbietet sich, das Judicium für denselben zu übernehmen. Beide gehen vor den Prätor; hier verlangt Nävius, daß Alfenus Satisdatio iudicatum solvi leiste. Letzterer hält sich nicht dazu verbunden, und als der Prätor entscheidet, daß er es thun müsse, so appellirt er dagegen an die Tribunen. Nun erklärt der Tribun M. Brutus, daß er allerdings intercediren werde, falls zwischen Alfenus und Nävius keine gütliche Einigung zu Stande komme [5]); und in Folge hiervon vergleichen sich beide Theile dahin, daß Alfenus verspricht, den Quinctius an den Iden des September in Rom zu stellen. Am bestimmten Tage erscheint Quinctius; aber jetzt zögert Nävius die Sache anderthalb Jahre hin [6]), und tritt endlich vor dem Prätor Cn. Dolabella mit dem Verlangen auf, daß

---

[4]) Cap. XIX. §. 60: Neque enim quisquam divinare poterat, te postulaturum, neque quemquam attinebat id recusare, quod Praetor non fieri, sed ex Edicto suo fieri iubebat.

[5]) Cap. XX. XXI. vgl. mit Cap. VII.

[6]) Cap. VIII. §. 30; vgl. aber auch Cap. XXI. §. 67: isto calumniante biennium.

Quinctius ihm vor allen Dingen Satisdatio Judicatum solvi leiste, und zwar deshalb, weil er die Güter desselben bereits in Gemäßheit des Edicts dreißig Tage lang besessen habe [7]). Quinctius läugnet, daß Letzteres der Fall gewesen sei, und hat das höchste Interesse, es zu läugnen; denn wird es als richtig anerkannt, so tritt die Infamia unausbleiblich ein, und es ist um den besten Theil seiner bürgerlichen Existenz geschehen. Der Prätor entscheidet nun, es müsse über diese Vorfrage ein besonderes Präjudicium angeordnet werden; und indem er die Beweislast dem Quinctius aufbürdet [8]), so nö=

[7]) Cap. VIII. §. 30: Iste — annum & sex menses nihil petit: — — a Cn. Dolabella denique Praetore postulat, ut sibi Quinctius iudicatum solvi satisdet, ex formula QUOD AB EO PETAT CUIUS EX EDICTO PRAETORIS BONA DIES XXX. POSSESSA SINT.

[8]) Da ich mit Keller hinsichtlich dieser wichtigen Frage übereinstimme, und also in der gleich folgenden Formel das NON der meisten Handschriften beibehalte, so kann es auf die Untersuchung, ob der Prätor, über dessen Verfahren sich Cicero sehr bitter beschwert, bei dieser Vertheilung der Beweislast im Rechte war, zunächst nicht ankommen. Indessen möge es erlaubt sein, an diesem Beispiele zu zeigen, daß es auch vom juristischen Standpuncte aus mißlich sein dürfte, über ein Meisterwerk Cicero's mit solcher Genauigkeit zu richten, wie dies von Keller l. c. pag. 18—24, und namentlich pag. 170—196 versucht wird, und ihm aus seiner eigenen Darstellung den Beweis zu liefern, daß er ganz und gar im Unrechte sei. — Keller findet die Beschwerden Cicero's auch in dieser Beziehung völlig ungegründet, und zwar theils deshalb, weil Nävius schon bei der ursprünglichen Postulatio Missionis von den Voraussetzungen derselben „quantum satis esset, probaverat", theils deshalb, weil Nävius den Besitzstand für sich gehabt habe, indem er schon lange im Besitze des größten Theiles der Güter gewesen sei (l. c. pag. 23 sqq.). Was das Erstere betrifft, so führt Keller selbst an einem anderen Orte aus, daß die Missio ohne Causä Cognitio und ohne Decretum de plano ertheilt sei; die Ertheilung konnte also an

thigt er ihn, mit seinem Gegner eine Sponsion darüber abzuschließen: SI BONA SUA EX EDICTO P. BUR-

---

und für sich auf die Beweislast ebensowenig von Einfluß sein, wie dies z. B. bei der Agnition der bonorum possessio der Fall war. L. 1. C. quor. bon. 8, 2. Vgl. unten §. 14 Hiervon abgesehen, könnte man vielleicht darauf Gewicht legen, daß am Ende jener Ausführung (l. c. pag. 84.) wiederholt wird, es sei wenigstens „aliqua probatio, quod eius extemplo fieri potuit", vor sich gegangen, und diese probatio habe im Vorzeigen der aufgenommenen Urkunde bestanden. Allein hiergegen ist zunächst zu erinnern, daß dieses Letztere von Cicero nirgend gesagt wird; die Urkunde konnte Nävius aber auch sehr wohl für das künftige Judicium aufnehmen. Wäre sie indessen wirklich vorgezeigt, so würde dies noch nicht einmal aliqua probatio gewesen sein, da sie über die Vorfrage, ob überhaupt ein Vadimonium abgeschlossen sei, nichts enthielt, sondern nur sagte, daß Quinctius zu einem angeblichen Vadimonium sich nicht gestellt habe. Endlich konnte das Vorzeigen der Urkunde auf die Vertheilung der Beweislast auch deshalb keinen irgend erheblichen Einfluß ausüben, weil es sich nicht allein um das ursprüngliche Vorhandensein einer Causa Missionis, sondern vielmehr zugleich darum handelte, ob die Possessio 30 Tage lang gehörig fortgesetzt sei. Dies führt auf den zweiten und hauptsächlichsten Grund Kellers, den factischen Besitzstand; hier wird geschlossen aus Cap. XXXI. §. 98: Multis vexatus contumeliis (scil. Quinctius), plurimis iactatus iniuriis, non turpis ad te sed miser confugit: e fundo ornatissimo deiectus, ignominiis omnibus appetitus, cum illum in suis paternis bonis dominari videret, ipse filiae nubili dotem conficere non posset, nihil alienum tamen vita superiore commisit. Allein dieser Satz bezieht sich zunächst nur darauf, daß Nävius den Quinctius aus dem gemeinschaftlichen Saltus oder Fundus durch die gemeinschaftlichen Sclaven hatte hinauswerfen lassen; diese Besitzhandlung war aber zweifelloser Weise eine iniusta, und es heißt von ihr, daß der Imperator C. Flaccus eam rem vehementer vindicandam putarit; (Cap. VII. §. 28; auch ist hierauf zu beziehen Cap. VIII. §. 30: Iste homo acerrimus, bonorum possessor, ereptor, expulsor etc.). Welche Bewandtniß es mit der Dos hat, sieht man zwar nicht, indessen läßt sich die

RIENI PRAETORIS DIES XXX POSSESSA NON ESSENT.

Der Proceß über diese Sponsion wird vor dem Richter C. Aquillius verhandelt; und es ist die Aufgabe Cicero's,

---

Aeußerung Cicero's schon daraus erklären, daß Niemand mit dem Quinctius die zur Anschaffung derselben erforderlichen Rechtsgeschäfte abzuschließen wagte, während derselbe in dieser precären Lage war. Das Uebrige ist allgemeine Redensart, welche am Schlusse der Peroratio völlig am Platze war, um das Mitleid der Richter zu erregen; und eben deshalb kommt auch erst jetzt die sonst nirgend erwähnte, auf das Gefühl berechnete Andeutung wegen der Dos. Im materiellen Theile der Rede, wo es auf das eigentliche Beweisen ankommt, äußert sich Cicero dagegen ganz anders. Nävius hat das Haus des Quinctius in Rom nie besessen; ein Sclave, den er aufgriff, ist ihm von Alfenus wieder entrissen; die dem Quinctius ausschließlich gehörigen Gallischen Güter sind ebenfalls nie in den Besitz des Nävius gelangt; und in den gemeinschaftlichen hat Quinctius wenigstens auch noch seine eigenen Sclaven gehabt, sodaß er selbst rücksichtlich dieser den ursprünglichen Mitbesitz wenigstens nicht verloren hatte. Am Schlusse des materiellen Theils wird dies kurz zusammengefaßt: Cap. XXIX. §. 89. Dixi, Romae domum fuisse, quo iste ne adspirarit quidem; servos complures, ex quibus iste possederit neminem, ne attigerit quidem: unum fuisse, quem attingere conatus sit: prohibitum fuisse: quievisse. In ipsa Gallia cognostis, in praedia privata Quinctii Sex. Naevium non venisse. Denique ex hoc ipso saltu, quem per vim expulso socio possedit, servos privatos Quinctii non omnes eiectos esse. Auch ist nach der Rückkehr des Quinctius Nävius derjenige, welcher klagen muß, und nun seinerseits die Sache anderthalb oder zwei Jahre hinzieht, was Quinctius schwerlich hätte geschehen lassen, wenn jener inzwischen im Besitze seines ganzen Vermögens gewesen wäre. Dies Alles ist von Keller schwerlich gehörig in's Auge gefaßt, wenn er trotzdem, um die Vertheilung der Beweislast zu rechtfertigen, von Nävius sagt: „b o n a m a i o r e m p a r t e m p o s s e d e r a t, quinetiam ad hunc usque diem possidebat, e a m q u e p o s s e s s i o n e m bono-

welcher für den Quinctius auftritt, mittelst seiner Rede darzuthun, daß die Güter desselben nicht in Gemäßheit des Edicts dreißig Tage lang besessen seien.

Diesen Beweis will er auf dreifache Weise führen, indem er zeigt:

I. Nävius habe keinen Grund gehabt, die Missio vom Prätor Burrienus zu fordern, Cap. XI. §. 37 — Cap. XIX. § 60;

II. Nävius habe die Bona nicht in Gemäßheit des Edicts besitzen können, Cap. XIX. §. 60 — Cap. XXIV. §. 77;

III. Nävius habe sie nicht in Gemäßheit desselben besessen, Cap. XXIV. §. 77 — Cap. XXVIII. §. 86.

Die Eintheilung ist für uns von hauptsächlicher Wichtigkeit; ich lasse daher die Stelle abdrucken, in welcher Cicero sie aufstellt:

Cap. X. §. 35. Faciam, quod te saepe animadverti facere, Hortensi: totam causae meae dictionem certas in partes dividam. — — — §. 36. Negamus, te bona P. Quinctii, Sex. Naevi, possedisse ex Edicto Praetoris. In eo sponsio facta est. Ostendam primum, causam non fuisse, cur a Praetore postulares, ut bona P. Quinctii possideres: deinde ex Edicto te possidere non potuisse: postremo non possedisse. Quaeso, C. Aquilli, vosque, qui estis in consilio, ut, quid pollicitus sim, diligenter memoriae mandetis. Etenim rem facilius totam accipietis, si haec memineritis: et me facile vestra

rum — apud trium annorum Praetores salvam atque integram perpetuo conservaverat." (l. c. pag. 24).

existimatione revocabitis, si extra hos cancellos egredi conabor, quos mihi ipse circumdedi. Nego fuisse causam, cur postularet: nego ex Edicto possidere potuisse: nego possedisse. Haec tria quum docuero, perorabo.

Sobald einer von diesen drei Theilen bewiesen wird, ist die Sache für den Quinctius gewonnen [9]).

Im Einzelnen wird nun wieder darzuthun gesucht:

Unter I:

A. Nävius habe gar nichts vom Quinctius zu fordern gehabt, Cap. XI. §. 37 — Cap. XIV. §. 48.

B. Es sei kein Vadimonium abgeschlossen gewesen, und also auch keins vom Quinctius versäumt, Cap. XIV. §. 48 — Cap. XIX. §. 60.

Unter II:

A. Quinctius sei durch den Alfenus gehörig vertheidigt worden, Cap. XIX. §. 60 — Cap. XXIII.

B. Die sonstigen Gläubiger des Quinctius haben stillschweigend anerkannt, daß Nävius nicht in Gemäßheit des Edictes besitzen könne, denn es habe sich Keiner von ihnen bei der vom Nävius nachgesuchten Missio betheiligt, was sonst gewiß würde geschehen sein, Cap. XXIII.

C. Nävius habe es selbst anerkannt, denn er habe nicht gewagt, zur Bonorum Venditio zu schreiten; und er habe später, als er die von Sulla proscribirten Güter des Alfenus kaufte, den Quinctius als seinen Socius angegeben, was sicherlich nicht geschehen sein würde,

9) Vgl. Cap. XVIII. §. 59. Cap. XXI. §. 68. Cap. XXII. §. 73. Cap. XXVII. §. 84.

hätte er jenen für infam gehalten. Cap. XXIV bis §. 77.

Unter III:

A. Nävius habe schon ehe er die Missio vom Prätor begehrte, Boten nach Gallien geschickt, damit Quinctius aus dem Besitze des Saltus geworfen werde; Cap. XXIV. §. 77 — Cap. XXVII.

B. Aber auch nach ertheilter Missio hätte er ihn nicht gwaltsam verdrängen dürfen. Cap. XXVII —.

C. Der Rest dieses Theils ist bis auf wenige Worte verloren gegangen; wie sich aus der spätern Zusammenfassung in Cap. XXIX. §. 89. [10]) ergiebt, wird er sich mit dem Beweise beschäftigt haben, daß Nävius trotz alledem nicht in den factischen Besitz gelangt sei [11]).

Die vorstehende Eintheilung ergiebt, daß wir uns an den ersten Haupttheil zu halten haben. Derselbe will ex

---

10) Vgl. oben S. 14. Note 8.

11) Keller weicht rücksichtlich der Eintheilung insofern ab, als er die hier unter III. gestellten beiden Stücke noch zu II. rechnet, wonach der dritte Theil gänzlich verloren sein würde, und hat diese Ansicht gegen Rau, Disputatio iuridica ad M. Tullii Ciceronis Orationem pro P. Quintio. Lugduni Bat. 1825. p. 32 et 87, welcher den dritten Haupttheil bei II B. beginnen läßt, ausführlich (l. c. p. 192—197) vertheidigt. Die hier befolgte Meinung ist diejenige von Klotz (Cicero's sämmtl. Reden. Bd. I. S. 138.) und Andern; sie fußt vornehmlich darauf, daß es sich bei den unter III. erzählten Geschichten gar nicht um das possidere potuisse handelt, sondern um das thatsächliche possedisse, um die Art, wie der Besitz ausgeübt worden ist. Indessen kann ich mir's ohne weitere Vertheidigung meiner Ansicht gefallen lassen, wenn man Keller's Eintheilung für richtiger hält; denn es handelt sich für uns nur um die Eintheilung bis II A. inclusive; über diese ist kein Streit, und kann bei der Klarheit Cicero's keiner sein.

professo die Frage behandeln, ob eine genügende Causa für den Nävius vorgelegen habe, um in Abwesenheit des Quinctius eine Missio mit dem Rechte der Proscription zu verlangen, und wir wollen ja wissen, in welchen Fällen dieselbe habe begehrt werden dürfen.

Keller bemerkt nun hierüber Folgendes: Zunächst, sagt er, habe die Missio jedem Gläubiger zugestanden, aber nur unter der Voraussetzung, daß er in der That Gläubiger sei. Außerdem sei jenes Recht aber auch allen denjenigen eingeräumt worden, denen der Schuldner das Vadimonium verlassen habe, sie seien creditoris loco gewesen. Es habe daher das Vorhandensein einer von diesen beiden Causä für den Nävius genügt, und Cicero habe folglich, als Gegenbeweisführer, in dem ersten Haupttheile darthun müssen, daß weder der eine, noch der andere von jenen beiden Fällen vorliege. Ich bitte, hierüber als Hauptstellen [11]) Keller's Worte:

> L. c. pag. 58: „Ergo causa fuisse dicetur, cur Naevius postularet, ut bona Quinctii possideret, si hic illi aut debuerit aliquid, aut vadimonium deseruerit"

zu vergleichen mit

> L. c. pag. 173,

wo es rücksichtlich des ersten Haupttheils heißt:

> „Rursus eius duo sunt membra.
>
> I. Neque ex societatis ratione neque privatim quidquam debuit Quinctius. c. 11—14.
>
> II. Vadimonium Naevio non deseruit. c. 15—18.
>
> Quo loco admonendi sumus, Quinctium nisi

---

[11]) Außerdem Pag. 58 sqq. Pag. 86 vor Note 18. Pag. 175 u. 176.

utrumque [13]) iudici probaret, hac parte ipsam causam probare non potuisse.“

Die Frage, ob die hier aufgestellte juristische Theorie richtig sei, bedarf keiner besondern Erwägung, da sie den Gegenstand dieses ganzen Abschnittes bildet.

Denken wir uns indessen einmal in die Lage des Nävius. Er konnte zufolge dieser Theorie die Güter des Quinctius proscribiren, sobald ihm derselbe entweder etwas schuldig war, oder das Vadimonium versäumt hatte — natürlich Beides unter der Voraussetzung, daß jener abwesend war und keinen Defensor fand. Nun behauptete Nävius das Erstere, daß nämlich Quinctius ihm etwas schuldig sei. Sobald er dessen Abwesenheit erfuhr, konnte er also zum Prätor gehen und das Verfahren einschlagen, welches er wirklich eingeschlagen hat. Weshalb kam er nun wohl auf die Idee, vorher erst noch zu behaupten, es sei ein Vadimonium gemacht und vom Quinctius verlassen; weshalb rief er Zeugen zusammen und nahm eine Urkunde darüber auf, daß Er sich zur angeblich verabredeten Zeit gestellt habe und Quinctius ausgeblieben sei? — Für die Erlangung der Missio cum Effectu Venditionis war dies Alles ja völlig einerlei, und für ihre Fortsetzung ebenfalls; denn sobald ein Defensor kam, mußte er in beiden Fällen räumen. — Er müßte es wohl schon in Folge der Eventualmaxime gethan haben, um, wenn er späterhin die Schuld selbst nicht beweisen konnte, wenigstens noch an dem Vadimonium desertum einen Rückhalt zu haben [14]). Aber dann gab er ja selbst zu erkennen, daß er seiner behaupteten Schuldforderung

---

13) Also nicht alterum utrum.

14) Davon, daß mittelst des Vadimonii eine Strafe versprochen, oder Bürgen gestellt seien, ist nirgends die Rede.

nicht recht traue; jeder Römer — dem diese Verhältnisse geläufig waren — mußte den plumpen Kunstgriff durchschauen und von vorn herein gegen beide Causä mißtrauisch werden; und ob ein so abgefeimter Geselle, wie Cicero uns den Nävius schildert, dies wohl ohne alle Noth riskirt hätte? Und ob von Cicero in seiner Vertheidigungsrede jene für ihn so günstige Seite der Sache wohl mit dem allertiefsten Stillschweigen übergangen wäre?

Indessen genug mit solchen Fragen; Cicero beseitigt sie selbst am Einfachsten. Er sagt mit klaren Worten, daß sich die Sache gerade umgekehrt verhält, als uns jene Theorie glauben machen will; daß Nävius die hier fragliche Missio keineswegs verlangen durfte, wenn ihm der abwesende Quinctius entweder etwas schuldig war oder das Vadimonium versäumt hatte, sondern daß Quinctius sowohl etwas schuldig sein, als auch das Vadimonium versäumt haben müsse, und daß er folgerichtig den Proceß gewinne, sobald — nicht Jedes von beiden, sondern — Eins von Beiden unwahr sei.

Nachdem unter IA. auseinandergesetzt wurde, daß Quinctius nichts schuldig gewesen sei, so wird der Uebergang zum zweiten Abschnitt des ersten Haupttheils mit den Worten gemacht:

Cap. XIV. §. 48: Quid si debuisset? continuone causa fuisset, cur a Praetore postulares, ut bona possideres? Non opinor id neque ius esse, neque cuiquam expedire. Quid igitur demonstrat? Vadimonium sibi ait esse desertum etc.

Also das bloße Schuldigsein ist von Rechtswegen kein Grund, um unsere Missio verlangen zu dürfen, sondern es muß noch etwas hinzukommen; und dieser zweite Bestandtheil der Causa war in unserm Falle die Behauptung des Vadi-

monium desertum, und eben deshalb hat Nävius jene Anstalten gemacht!

Nun folgt der Glanzpunct der ganzen Vertheidigung. Nun wird nachgewiesen, daß gar kein Vadimonium vorhanden gewesen sei; nun fehlen dem Redner die Worte, um die Schändlichkeit des Nävius gebührend zu züchtigen; nun fragt er verwundert, wie es möglich sei, daß Quinctius noch einen Augenblick in Furcht und Gefahr schweben dürfe [15]; und nachdem er geendigt hat, so macht er den Uebergang zum zweiten Hauptheil folgendermaßen:

Cap. XIX. §. 60: Docui, quod primum pollicitus sum, C. Aquilli, causam omnino, cur postularet, non fuisse: quod neque pecunia debebatur: et, si maxime deberetur, commissum nihil esset, quare ad istam rationem perveniretur. Attende nunc etc.

Das heißt abermals: Quinctius war nichts schuldig; aber mochte er auch noch so sehr schuldig sein, so lag doch keine Causa für die Missio vor, denn es war nichts verfallen, weshalb er auf jene Weise hätte tractirt werden dürfen!

Die Peroratio zeigt diese Sachlage zum dritten Mal. Standen beide Abschnitte des ersten Theils in einem alternativen Verhältnisse, so konnte Cicero den ersten nicht übergehen, ohne sich des handgreiflichsten Fehlers schuldig zu machen. Aber sie stehen in einem copulativen, und das Vadimonium desertum ist so sehr die Hauptsache, daß der Redner in Uebereinstimmung mit dem so eben abgedruckten Satze,

---

15) Vgl. Cap. XVIII. §. 59: Et in hac eiusmodi causa P. Quinctius laborabit? Et diutius in tanto metu miser periculoque versabitur? Et vehementius eum gratia adversarii perterrebit, quam fides iudicis consolabitur? etc.

die Vorfrage, ob ein Debitum vorhanden gewesen sei oder nicht, in jener kurzen Zusammenfassung gar nicht mehr erwähnt, sondern nur alles Gewicht auf das Vadimonium legt.

Cap. XXVIII. §. 86: **Ostendi, quam multa ante fieri convenerit, quam hominis propinqui bona possideri postularentur: praesertim quum Romae domus eius, uxor, liberi essent, et procurator aeque utriusque partis necessarius. Docui, quum desertum esse dicat vadimonium, omnino vadimonium nullum fuisse: quo die hunc sibi promisisse dicat, eo die ne Romae quidem eum fuisse: id testibus me pollicitus sum planum facturum, qui et scire deberent, et causam, cur mentirentur, non haberent. Ex Edicto autem etc.** [16]).

Die Rede des Cicero ist also so weit entfernt, die hier vertheidigte Theorie zu widerlegen, daß sie vielmehr einen sehr erheblichen Beweis für dieselbe enthält. Sie lehrt uns, daß eine Missio cum Effectu Venditionis, auch wenn man etwas zu fordern hat, wegen bloßer Abwesenheit des Gegners nicht verlangt werden darf, sondern daß noch andere Umstände hinzukommen müssen, und daß einer von diesen Umständen das Vadimonium desertum ist.

§. 5.

Fortsetzung. Gegenbeweis.

An sich würde ich hiermit schließen können. Denn wir haben den ersten Haupttheil, welcher von der Causa Missionis handelt, erläutert und bis zu dem Puncte verfolgt, wo

---

16) Uebrigens haben auch andere Ausleger den Cicero ebenso verstanden, vgl. z. B. Rau l. c. p. 30; Klotz a. a. O. S. 137; Hotomannus in notis ad cap. XV. (bei Graevius Tom. I. Pars. I. Pag. 58).

er in den zweiten Haupttheil übergegangen ist. Allein in dem Augenblicke, wo wir gerade fertig sind, fängt die gegentheilige Meinung überhaupt erst an, aus unserer Rede etwas beweisen zu wollen. Dieser Umstand zwingt uns, ihr zu folgen, und noch auf den ersten Abschnitt des zweiten Haupttheils einzugehen.

Die Seite 21 abgedruckte Stelle Cap. XIX. §. 60 fährt nämlich folgendermaßen fort:

> Attende nunc, ex Edicto Praetoris bona P. Quinctii possideri nullo modo potuisse. Recita Edictum: QUI FRAUDATIONIS CAUSSA LATITARIT. Non est is Quinctius, nisi si latitant, qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur. CUI HERES NON EXSTABIT. Ne is quidem. QUI EXILII CAUSSA SOLUM VERTERIT. Dici id non potest. QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT. Ne id quidem. Quo tempore existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi aut quomodo? etc.

und hieran schließt sich nun die ganze Ausführung darüber, daß Sextus Alfenus den Quinctius gehörig vertheidigt habe, bis Cap. XXIII.

Kürzer erscheint dieser nämliche Uebergang in der Peroratio wieder, indem es in der S. 22 abgedruckten Stelle Cap. XXVIII. §. 86 weiter heißt:

> Ex Edicto autem non potuisse bona possideri demonstravi: quod neque fraudandi causa latitasset [1]), neque exilii causa solum vertisse dice-

---

[1]) Dieses latitasset stimmt durchaus mit dem Sinne, in welchem das Edict latitarit sagt, vgl. S. 31. Not. 1.; es hat die ganz überwiegende

retur. Reliquum est, ut cum nemo iudicio defenderit. Quod contra copiosissime defensum esse contendi etc.

Indem Keller nun einerseits die Theorie als unbedingt richtig voraussetzte, daß die Güter eines jeden Abwesenden proscribirt werden dürften, sobald sich kein Defensor finde, und indem er andererseits bemüht war, die Worte „Dici id non potest. QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT. Ne id quidem," welche nicht auf unmittelbarer handschriftlicher Beglaubigung, sondern nur auf dem Zeugnisse des Hotomannus und Lambinus beruhen, gegen den Widerspruch mancher Herausgeber zu retten, und sie als möglichst unentbehrlich darzustellen [2]), so kam er dahin, das „QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT" zur Grundlage seiner ganzen Untersuchung zu wählen [3]). Er erkennt in diesem Bruchstücke einen Theil des Edictes, nach welchem gegen jeden Absens, der nicht vertheidigt wurde, die Proscription eintrat, also den urkundlichen Beweis der hier bekämpften Ansicht [4]); und von diesem

handschriftliche Beglaubigung für sich; und ich kann es daher nicht für richtig halten, wenn man es in ein „latitasse" verwandeln will, wie z. B. Stieber l. c. p. 42. not. n; Orelli h. l. Auch Keller erklärt sich, freilich aus einem andern Gesichtspuncte, dagegen. (L.c. p. 65. n 41.)

2) Ich stimme rücksichtlich der Lesart überein, und darf daher auf Kellers Ausführung, l. c. pag. 61—68, verweisen. Wenn am Schlusse derselben die Worte Ne id quidem doch wieder beseitigt werden sollen, so beruht dies nicht auf sachlichen, sondern auf sprachlichen Gründen; und es ist also für unsern Zweck nicht nöthig, die im Texte befolgte Lesart Hotomanns gegen dieselben zu rechtfertigen.

3) l. c. pag. 44 sqq.

4) Hierin folgt Keller zunächst freilich nur der herrschenden Meinung, vgl. Stieber l. c. pag. 42, Zimmern a. a. O. §. 77. Note

Gesichtspuncte aus betrachtet er sodann den ganzen übrigen Inhalt der Rede.

Insbesondere durfte Cicero das Edict, sobald es wegen der Causa Missionis darauf ankam, nicht erst citiren, nachdem er bereits völlig mit derselben zu Ende war. Diesem Uebelstande mußte Keller zunächst abhelfen; aber bei der stricten Gliederung der einzelnen Theile ging das freilich nicht anders, als indem er den ganzen zweiten Hauptabschnitt ebenfalls unter die Causa Missionis rechnete. Letzteres geschieht denn auch vermittelst der folgenden Wendung:

Für eine jede Missio, heißt es, komme es auf die Voraussetzungen in der Person des Klägers, und auf diejenigen in der Person des Beklagten an; jener müsse Gläubiger oder (in Folge des Vadimonium desertum) **creditoris loco** sein, und dieser müsse sich in einem der vier Fälle des Edictes (also hier in der unvertheidigten Abwesenheit) befinden. Cicero handele nun von den Voraussetzungen in der Person des Klägers im ersten, und von denjenigen in der Person des Beklagten im zweiten Hauptttheil seiner Rede [5]).

3; indessen werden durch die Widerlegung dieses Gegners jene Andern zugleich mit widerlegt sein.

[5]) l. c. pag. 59. in f. „Apparet igitur, duplici quadam condicione bonorum illud possidendorum ius suspensum fuisse, prima quidem ex persona eius, cuius de bonis ageretur, videlicet ut in quatuor illarum clausularum aliquam incidisset; altera vero ex persona eius, qui postularet, videlicet ut iustam sibi postulandi causam esse ex eo probaret, quod aut creditor esset, aut creditoris loco haberetur; utrumque autem genus in proposita oratione etiam partitionis lege distingui, eaque ratione quae a postulantis persona requirantur, prima parte, quae a domini, altera contineri." — Dieselbe Idee findet sich auch bei Rau l. c. pag. 42:

Diese letztere Auffassung ist aber für uns um so gefährlicher, da sie den im vorigen Paragraphen geführten Beweis wieder in Frage stellen könnte; wir hätten alsdann unsererseits die Sache nicht zu Ende geführt, sondern in der Mitte abgebrochen. Insbesondere möchte man es bei jener Eintheilung vielleicht als eine Möglichkeit betrachten wollen, die von uns benutzten Beweisstellen etwa dahin zu verstehen, daß das Vadimonium desertum nur ein Beweismittel für die an und für sich genügende einfache Absentia abgegeben habe; und hierauf, oder auf etwas Aehnliches, scheint die Meinung Kellers gegangen zu sein, indem er jene wichtigen Stellen bei seiner ganzen Argumentation gar nicht berücksichtigte. Es bedarf daher zunächst einer nachträglichen Rechtfertigung des oben innegehaltenen Ganges der Beweisführung.

Für diesen Zweck darf ich mich darauf berufen, daß Cicero der lateinischen Sprache sehr mächtig war, und wenn er seine Rede nach den **conditiones ex persona eius, qui postularet, und eius, cuius de bonis ageretur,** hätte disponiren wollen, uns dies schon selbst würde gesagt haben. Statt dessen spricht er von einem ganz andern Eintheilungsgrunde: und setzt im offenen Widerspruche mit Keller die Causa Missionis blos in den ersten Theil.

Cap. X. §. 36 vgl. oben Seite 15.

Aber er verfährt hierbei auch ungleich zweckmäßiger, als wenn er der ihm untergelegten Disposition gefolgt wäre. Es sind nämlich zwei Zeitabschnitte streng auseinander zu halten; erstens der Augenblick, wo der Kläger die Missio vom Prätor begehrt, und zweitens die dreißig Tage, wäh-

---

„In priore igitur parte quaerendum erat quibus Edictum daretur; in hac (sc. secunda) quaestio est in quos daretur.“

rend deren er von der Erlaubniß, in Gemäßheit des Edictes zu besitzen, Gebrauch macht.

Was den ersten Zeitpunct betraf, so bestanden die Voraussetzungen in der Person des Nävius darin, daß er etwas zu fordern hatte, daß er ein abgeschlossenes Vadimonium innegehalten hatte, und daß er beim Prätor erschien, um die Missio zu begehren; rücksichtlich der Person des Quinctius aber darin, daß er etwas schuldig war, daß er ein abgeschlossenes Vadimonium verlassen hatte, und daß er auch beim Prätor nicht erschien, um sich dem Nävius zu stellen. Nach diesem Gegensatze konnte Cicero seine Rede nicht disponiren. Der erste Theil desselben fiel mit logischer Nothwendigkeit zusammen, denn hatte Nävius vom Quinctius etwas zu fordern, so war Quinctius dem Nävius etwas schuldig, und umgekehrt. Rücksichtlich der beiden anderen Theile war es Jedermann bekannt, daß Nävius sich am Tage des Vadimonium gestellt, und späterhin vom Prätor die Missio begehrt hatte, Quinctius aber währenddem in Gallien gewesen war. Obendrein hatte Cicero diese Facta in der einleitenden Geschichtserzählung bereits vorgetragen, und da im Uebrigen nichts von denselben zu sagen war, so würde jene Disposition ihn nur gezwungen haben, sie ungeschickter Weise zu wiederholen.

Deshalb fängt er die Sache anders an. Er stellt die Frage darauf: Ob Nävius, als er vom Prätor die Missio begehrte, einen Rechtsgrund für dieses Verlangen hatte? und indem er die bekannten Facta als bekannt voraussetzt, so untersucht er nur das, worauf es ankommt, nämlich: Ob Nävius etwas zu fordern, und Quinctius etwas zu geben hatte; und ob vom Nävius ein Vadimonium stipulirt, und vom Quinctius promittirt sei?

Nachdem er mit diesem Haupttheile, bei welchem also

von einem Gegensatze zwischen Kläger und Beklagten keine Rede sein kann, sondern beide nothwendig zusammen beurtheilt werden, fertig ist; so geht er nun auf den zweiten Haupttheil über und untersucht die Frage: Ob Nävius, nachdem ihm der Prätor die Missio ertheilt hatte, sofern sie dem Edicte gemäß sei, den Besitz habe ergreifen und dreißig Tage lang fortsetzen können? Hier kam es natürlicher Weise nicht mehr auf die Voraussetzungen an, welche schon im ersten Haupttheile abgemacht waren, und also auch nicht auf das aller Welt bekannte Factum, daß Quinctius zur Zeit der erbetenen Missio abwesend war. Sondern Nävius durfte, selbst wenn er eine Causa Missionis gehabt hätte, den Besitz weder ergreifen noch fortsetzen, sobald entweder der abwesende Quinctius erschien, oder ein tüchtiger Defensor auftrat. Rücksichtlich der erstern Alternative war wieder aus der Geschichtserzählung bekannt, daß Quinctius erst viel später zurückgekommen war; und es handelt sich also nur um die zweite Frage: Ob ein tüchtiger Defensor aufgetreten sei? Von etwas Weiterem ist denn auch keine Rede. Der Gegensatz zwischen der Person des Quinctius, oder vielmehr des Alfenus, und derjenigen des Nävius fällt aber auch hier zusammen; der eine hat die Defension zu offeriren und der andere zu acceptiren, damit sie zu Stande komme; und die Frage ist nur, wer von Beiden im Rechte war, Alfenus bei der auf diese Bedingungen gestellten Offerte, oder Nävius bei der auf jene Bedingungen gestellten Acceptation [6]).

Die Disposition Cicero's ist also keineswegs so beschaffen, daß auch im zweiten Haupttheile von der Causa Mis-

6) Nävius wollte bekanntlich die Defension nur annehmen, wenn Satisdatio Judicatum solvi geleistet werde, und Alfenus verweigerte dieselbe.

sionis, d. h. von den Voraussetzungen die Rede wäre, unter denen man eine Mission verlangen kann; sondern sie entspricht der Ordnung der beiden prätorischen Edicte, welche uns in den Pandekten über Missionen der hier fraglichen Art aufbewahrt sind:

L. 2. pr. D. quib. ex causis etc. 42, 4. Ulpianus [libro V. ad Edictum]. — Praetor ait: IN BONA EIUS, QUI IUDICIO SISTENDI CAUSA FIDEIUSSOREM DEDIT, SI NEQUE POTESTATEM SUI FACIET, NEQUE DEFENDERETUR, IRI IUBEBO [7]).

L. 7. §. 1. D. ibid. Ulpianus [libro LIX ad Edictum]. — Praetor ait: QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITAVIT, SI BONI VIRI ARBITRATU NON DEFENDETUR, EIUS BONA POSSIDERI VENDIQUE IUBEBO.

Der erste Hauptttheil umfaßt dasselbe Thema, welches hier in den Worten: QUI IUDICIO SISTENDI CAUSA FIDEIUSSOREM DEDIT, oder in den Worten QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITAVIT liegt, der zweite dasselbe, welches die Sätze SI NEQUE POTESTATEM SUI FACIET, NEQUE DEFENDERETUR oder SI BONI VIRI ARBITRATU NON DEFENDETUR enthalten.

Ist dies aber richtig, so folgt von selbst, daß der im Eingange dieses Paragraphen angedeutete Ausweg, unsere Beweisstellen lediglich auf die anfängliche Absentia des Quinc=

7) Die Varianten DEDERIT (Vulg.); FACIAT (Vulg.); DEFENDETUR (Hal.) sind für unsern Zweck ohne Bedeutung; ebenso in der gleichfolgenden Stelle das LATITABIT der Kriegelschen Ausgabe, da dasselbe nur Conjectur Gebauer's ist.

tius zu beziehen, mit der ganzen Disposition der Rede vollkommen unverträglich sein würde. Der fernere Nachweis, daß auch der Wortsinn (z. B. „**commissum nihil esset**") den Zusammenhang mit dem Vadimonium erheischt, welchen wir in demselben gefunden haben, scheint mir unter diesen Umständen überflüssig zu sein.

§. 6.

Fortsetzung. Ergänzung des Edictes QUI ABSENS IUDICIO DEFENSUS NON FUERIT.

Sollen wir nun das klare Resultat, welches aus dem gesammten Inhalte der Quinctiana hervorgeht, durch die paar abgerissenen Stücke uns entreißen lassen, welche Cicero aus dem prätorischen Edicte citirt? Für den Sinn jener Stücke kommt ja noch Alles darauf an, auf welche Weise man dieselben ergänzt; und eine richtige Methode wird doch wohl nicht nach ihnen die Rede des Cicero zu verstehen, sondern umgekehrt aus der Rede selbst jene Bruchstücke zu erklären suchen?

Cicero allegirt nun unsere Edictsworte, indem er sich anschickt, das Vorhandensein einer gehörigen Defension nachzuweisen; und soll sein Citat nicht zwecklos sein, so folgt, daß die Edictsworte sich ebenfalls hierauf beziehen müssen. Also werden sie die Bedingung bereits in sich enthalten, welche in den Pandektenstellen durch das Si — **defendetur** besonders hervorgehoben wird. Diese gedankenmäßige Folgerung wird aber auch durch die Wortfassung bestätigt. Denn es heißt **defensus non fuerit**; es wird also das Nichtvertheidigtwerden bereits als abgemacht und vollendet gedacht, während dasselbe in beiden Edicten der Pandekten auf das

Futurum oder Imperfectum gestellt ist [1]). Hieraus ergiebt sich dann wieder, daß wir auch den Nachsatz nicht, wie in den Pandekten, zunächst auf dasjenige zu richten haben, was geschieht, sobald das Verlassen des Vadimonium, oder das Latitiren zuerst eingetreten ist, also nicht auf das **ire in bona**; sondern sofort auf dasjenige, was erfolgt, wenn das Verlassen des Vadimonium durch die dauernde Nichtvertheidigung seine volle Wirkung erlangt hat, also auf das **bona venire**. Man kann ihn hiernach etwa so denken: (**Qui absens iudicio defensus non fuerit:**) **bona eius, posteaquam per dies XXX possessa proscriptave erunt, venire iubebo.** Bei diesem Nachsatze befinden wir uns, wie man sieht, in voller Uebereinstimmung mit Cicero's Disposition; der Redner beschäftigt sich eben damit, ob, ungeachtet der angebotenen Vertheidigung, derjenige dauernde Zustand obgewaltet haben könne, welcher zum Vendere würde berechtigt haben. Aber auch der Vordersatz **Qui absens iudicio defensus non fuerit,** bekommt sofort diejenige Bedeutung, welche er nach unserm Zusammenhange haben muß; er enthält zwar den Worten nach die Bedingung, sowohl für die Missio, als für das Vendere, aber Cicero allegirt ihn natürlicher Weise erst bei dieser zweiten Frage, weil er ihn bei dieser gebraucht, und der Nachsatz auf dieselbe gestellt ist.

Der Umstand, daß unsere Fassung nicht mit derjenigen der Pandecten harmonirt, bildet natürlich kein Hinderniß. Zwischen der Redaction des Edicts durch Julian und der Rede Cicero's liegen diejenigen zweihundert Jahre, welche

---

1) Analog heißt es bei uns Latitarit, in den Pandecten latitavit, also ein einfaches Perfectum, mit dem Zusatze der mangelnden Defension.

für die Ausbildung des römischen Rechts die wichtigsten sind; obendrein weis't die Verschiedenheit der Vordersätze darauf hin, daß auch die Nachsätze verschieden sein müssen, und die Art der Ergänzung ist der historischen Entwicklung angemessen, indem sie eine schwerere, gedrungenere Fassung in eine leichtere, planere übergehen läßt [2]).

Einen fernern Einwand möchte man vielleicht daraus entnehmen, daß der Befehl des Prätors auf das Vendere gerichtet sei. Denn man scheint sich neuerdings die Sache so vorzustellen, als ob es einen besondern, hierauf gerichteten Befehl des Magistratus gar nicht gegeben habe, sondern die Gläubiger nach Ablauf der dreißig Tage nur zum Prätor gekommen seien, um einen Magister zu wählen und eine Lex Bonorum Vendendorum zu verabreden [3]). Letzteres geschah nach Gajus [4]) und Theophilus [5]) zwar ebenfalls, aber es schließt darum den Befehl nicht aus, überhaupt verkaufen zu dürfen; auch haben jene Beschreibungen nur den regelmäßigen Fall im Auge, wo mehrere Creditoren vorhanden sind und die Bonorum Venditio als Concursverfahren dient; und für diesen Fall wird der Umstand, daß überhaupt verkauft werden soll, natürlicherweise als feststehend von ihnen vorausgesetzt. Dagegen ist in dem S. 29 abgedruckten Edicte über den Latitirenden der Befehl des Prätors neben dem **Possideri** auch auf das **Vendi** gerichtet, und ebenso wird es in der Lex Rubria Cap. 22, während das mit dem pos-

---

2) Auch Keller nimmt an, daß Aenderungen des Edicts zwischen der Zeit des Cicero und des Ulpian stattgefunden haben müssen. l. c. pag. 60.

3) z. B. Zimmern a. a. O. §. 79. – Huschke a. a. O. S. 152.

4) Gai. Comment. IV, 79.

5) Theophilus ad pr. Inst. de successionibus sublatis 3, 12.

sidere verbundene proscribere mit einem ve dem Ersteren angehängt ist, durch die Verbindung que ausdrücklich von Beiden getrennt: „bona eorum possideri proscribi v e, venire q u e iubeto“ (s c i l. Praetor). Endlich weist unsere Quinctiana sehr unzweideutig darauf hin, daß man nach dreißig Tagen abermals zum Prätor ging und die Verkaufsbefugniß einholte.

Cicero erzählt nämlich, daß Quinctius schon zwei Tage später, als Nävius in Rom die Missio nachgesucht hatte, in Gallien, und zwar auf Befehl des Nävius, aus dem gemeinschaftlichen Saltus dejicirt worden sei; er zieht hieraus den Schluß, Nävius müsse jenen Befehl bereits v o r erbetener Missio ertheilt haben. Denn in zwei Tagen konnten seine Boten nicht von Rom nach Gallien kommen. Diese Eilfertigkeit wirft er dem Nävius vor, und läßt ihn die etwa möglichen Entschuldigungen anführen, um dieselben seinerseits sofort zu widerlegen.

Cap. XXVI. §. 82: Quid haec amentia, quid haec festinatio, quid haec immaturitas tanta significat? Non vim? non scelus? non latrocinium? non denique omnia potius, quam ius, quam officium, quam pudorem? Mittis iniussu Praetoris. Quo consilio? I u s s u r u m sciebas. Quid? quum iussisset, tum mittere nonne poteras? P o s t u l a t u r u s eras. Quando? Post dies XXX. Nempe si te nihil impediret; si voluntas eadem maneret; si valeres; denique si viveres. Praetor i u s s i s s e t, opinor, si vellet, si valeret, si ius diceret, si nemo recusaret, qui ex ipsius decreto [6]) et satisdaret,

6) Dies ist das Decret, durch welches nach Ertheilung der Missio entschieden war, daß der Defensor Alfenus die Satisdatio Judicatum solvi leisten müsse.

et iudicium accipere vellet. §. 83. Nam, per deos immortales, si Alfenus, procurator P. Quinctii, tibi tum satisdare et iudicium accipere vellet, denique omnia, quae postulares, facere voluisset, quid ageres? Revocares eum, quem in Galliam miseras? etc.

Cicero erkennt also als richtig an, daß Nävius, wenn er dreißig Tage besessen hatte, und nun verkaufen wollte, abermals zum Prätor gehen konnte, und daß dieser dann, wenn auch jetzt kein Vertheidiger auftrat, von Rechtswegen eine Verfügung erlassen hätte, durch welche Quinctius aus dem Besitze entsetzt wurde. Er führt aber aus, daß Nävius sich nicht auf die Möglichkeit berufen dürfe, diese zweite Verfügung — welche unser Verkaufsbefehl sein würde — zu erlangen; denn als er die Boten abschickte, sei es noch völlig ungewiß gewesen, ob es zu jenem zweiten Befehle kommen werde. Ja, es war damals noch nicht einmal die ursprüngliche Missio verfügt, welche die Befugniß zu dejiciren doch noch überhaupt nicht gewährte; deshalb heißt es am Ende dieses ganzen Abschnittes ausdrücklich:

Cap. XXVI. §. 83: — De cuiusquam vita dicere audes, qui hoc concedas necesse est, ita te caecum cupiditate atque avaritia fuisse, ut, quum postea quid futurum esset, ignorares, accidere autem multa possent, spem maleficii praesentis in incerto reliqui temporis eventu collocares? Atque haec perinde loquor, quasi ipso illo tempore, quum te Praetor iussisset ex Edicto possidere, debueris aut potueris P. Quinctium de possessione deturbare.

Mit diesem Uebergange kehrt der Redner sodann zu der anfänglichen Missio zurück und zeigt, daß die Dejection vor ihrer Ertheilung um so ungerechter gewesen sei, da selbst

nach derselben der Satz des Edictes zur Anwendung gekommen sein würde: **DOMINUM INVITUM DETRUDERE NON PLACET** [7]).

Der Gang ist also, der Natur der Sache entsprechend, der, daß man zuerst Missio und Proscriptio erlangte; wenn Beides dreißig Tage lang stattgefunden hatte, dieses dem Prätor anzeigte und durch einen zweiten Befehl den ausschließlichen Besitz erhielt. Auch scheint mir nichts natürlicher zu sein, als die Annahme, daß dieser zweite Befehl an sich auf das Vendere ging, und der ausschließliche Besitz nur eine Folge desselben war [8]).

---

7) Cap. XXVII. §. 81.

8) Die früher herrschende Meinung unterschied denn auch zwei Decrete, im Einzelnen freilich wieder mit mehrfachen Modificationen; insbesondere war die Gleichstellung des zweiten Decretes mit der missio ex secundo decreto bei verweigerter Cautio Damni infecti irrig, da letzteres Decret ein Contumacialurtheil enthält, gegen welches nur im Wege der Restitution eine Hülfe gewährt werden kann, wogegen der Verkaufsbefehl in der Streitsache selbst gar nichts entscheidet. Vgl. hierüber unten die §§. 14 u. 23. — Stieber, dessen öfter erwähnte Schrift de bonorum emtione durch die Vermittelung Zimmerns, (vgl. auch Bethmann-Hollweg a.a.O. §.29.Not.11) auf die herrschenden Ansichten von erheblichem Einfluß geworden ist, beschäftigt sich fast vier Seiten lang l. c. pag. 29, 30, 58, 59 mit unserer Frage; und da er bei ältern Schriftstellern die Bemerkung antraf, auch bei Cicero finde sich der Unterschied, indem Nävius nur ex primo decreto immittirt gewesen sei, so sucht er mit verschiedenen irrelevanten Citaten, indem er namentlich die Proscriptio mit der Venditio verwechselt, darzuthun, daß es gerade nach Cicero nur ein Decret gebe, und derselbe ein zweites „ne verbo quidem" indicire. Dagegen kann ich freilich nur sagen, daß jener Schriftsteller alsdann die Capitel XXV — XXVII. entweder nicht gelesen, oder nicht verstanden hat. — Indessen sind ihm auch in dieser Behauptung Andere gefolgt, z. B. Heimbach a. a. O. S. 348.

Der Stellung unseres Edictes auf diesen letzteren Befehl stände hiernach auch von dieser Seite nichts entgegen, und sonstige mögliche Einwände sind mir nicht bekannt.

Uebrigens bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß die angegebene Ergänzung nichts weiter sein will, als eine reine Conjectur; sie wurde nur zu dem Zwecke hinzugefügt, um desto deutlicher zu zeigen, daß jenes Bruchstück für das Verständniß der Rede überhaupt in keiner Weise maßgebend sein kann.

§. 7.

Fortsetzung. Inhalt jenes Edictes.

Es bleibt noch übrig, den wahren Inhalt der Edictsworte zu bestimmen.

Aus der bisherigen Erörterung folgt nun von selbst, daß dieselben nicht den Sinn haben können, welchen Keller in ihnen gefunden hat. Denn wenn Cicero im ganzen ersten Theile seiner Rede davon ausgeht, daß die einfache Absentia des Schuldners keinen Rechtsgrund für die Missio cum Effectu Venditionis bildet, so kann er nicht gleich hinterdrein ein Edict citiren, welches das directe Gegentheil von demjenigen sagt, worauf er sich noch so eben berief.

Aber auch die sonstige Umgebung unseres Edictes nöthigt dazu, dasselbe in einem bedeutend engeren Sinne zu verstehen, als es auf den ersten Blick zu haben scheint.

Dies zeigt sich am Besten, wenn man die Darstellung der herrschenden Ansicht vergleicht. Bei Puchta [1]), welcher der Meinung Kellers folgt, heißt es im Texte: „Der Prätor

---

1) Institutionen Bd. II §. 160. vor Note w.

gab gegen den Indefensus die Missio in Bona mit dem Recht des Verkaufs," und nun wird in einer Note hinzugefügt: „Das prätorische Edict zählte die verschiedenen Fälle so auf: qui fraudationis causa latitarit — cui heres non exstabit — qui exilii causa solum verterit — qui absens iudicio defensus non fuerit — qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defendetur. — Die Bedingung war überall „si boni viri arbitratu non defendetur." Wenn aber das Edict: Qui absens iudicio defensus non fuerit so verstanden werden kann, wie diese Schriftsteller wollen, so umfaßt es ja mindestens den ersten und fünften Fall in sich; wie kommt also der Prätor dazu, dieselben noch außerdem als besondere aufzustellen? Und weiter: Wenn der Prätor überhaupt mit seinen Fällen dasselbe ausdrücken wollte, was jene darin finden, warum machte er es nicht eben so vernünftig, wie Puchta im Texte thut, warum bemühte er sich mit der Aufzählung dieser verschiedenen irrelevanten Einzelnheiten, und sagte nicht lieber kurz und gut, etwa so: Bona eorum, qui absentes non defenduntur, possideri vendique iubebo? — Verstärkt wird das Gewicht dieser Gründe aber noch, wenn man die Commentare liest, welche die Römischen Juristen zu ihrem Edicte geschrieben haben. Ich bitte, nur einmal die seitenlange Untersuchung Ulpians in

L. 7. D. quib. ex causis 42, 4. [2])

über die Frage zu lesen, was Alles dazu gehöre, damit man von Jemanden sagen könne, daß er latitirt? Ulpian konnte unmöglich auf den Einfall kommen, sich mit solchen Unter-

---

[2]) Vgl. etwa auch L. 36. D. de rebus auct. iud. 42, 5.

suchungen abzugeben, wenn es wahr wäre, daß gegen jeden Absens ganz dasselbe Verfahren eintrat; unter dieser Voraussetzung würden seine Untersuchungen ja wiederum völlig nutzlos gewesen sein. Oder wie könnte er geradezu die Bonorum Venditio in Folge der Latitatio als eine besondere Art anderen Venditiones gegenübersetzen, wenn jene allumfassende Regel galt? Vgl. z. B.:

L. 7. §. 5. cit. — Sed is, qui fraudationis causa latitet, non tamen propter creditores, etsi haec latitatio creditores fraudet, in ea tamen erit causa, ne hinc possideri bona eius possint etc. [3]).

Fassen wir endlich die Worte selbst genauer in's Auge, so bestätigen sie das Gesagte vollkommen. Wenn der Prätor vorschreiben wollte: „Gegen Jeden, der abwesend ist und nicht vertheidigt wird, tritt die Bonorum Venditio ein" so war der Zusatz „iudicio" völlig überflüssig, oder vielmehr geradezu falsch. Dieser Zusatz setzt offenbar voraus, daß eine Vertheidigung durch ein Judicium erforderlich ist [4]). Nun kann man Jemanden aber auch auf mancherlei andere Weise vertheidigen, z. B. dadurch, daß man der

---

3) Eben so L. 7. §§. 6, 7 et 9. cit.

4) Zur Unterstützung dessen, was ohnehin in den Worten liegt, darf ich mich auch auf die Analogie der Lex Rubria Cap. 21 und 22 berufen. Hier wird bei dem iudicio se defendere die Voraussetzung uti oportebit entweder ausdrücklich eingeschoben, so daß es heißt: „qui se iudicio, uti oportebit, non defendet"; oder es wird, wenn auch andere Arten der Defension als statthaft bezeichnet werden sollen, das iudicio se defendere mit dem uti oportebit in eine solche Verbindung gebracht, daß Letzteres sich immer noch mit auf das Erstere bezieht, nämlich: „Qui se sponsione, iudicioque, utive oportebit, non defendet", oder: „Qui se sponsione, iudiciove, utive oportebit, non defenderit."

vom Kläger behaupteten Verbindlichkeit nachkommt [5]). Und ist derjenige, welcher verklagt werden soll, einfach abwesend, so läßt sich vollends nicht sagen, daß, sofern er gegenwärtig wäre, eine Vertheidigung durch ein Judicium erforderlich sein würde: denn gerade so gut, wie dies sein kann, kann auch der andere Fall sein, daß es nicht zum Judicium kommt, indem der Beklagte z. B. freiwillig erfüllt, oder eingesteht, oder sich vergleicht u. s. w. Man wird daher niemals finden, daß der Prätor, wenn er von einer Klage spricht, die überhaupt erst erhoben werden soll, ohne Weiteres das „iudicio defendi“ als nothwendig voraussetzt, sondern seine Ausdrücke sind für diesen Fall viel allgemeiner; es heißt einfach:

CUM ABSENS NON DEFENDERETUR [6]),

oder

SI NEQUE POTESTATEM SUI FACIET, NEQUE DEFENDERETUR [7]),

oder auch wohl mit einem ganz unbestimmt gelassenen Zusatze:

SI BONI VIRI ARBITRATU NON DEFENDETUR [8]),

oder

---

5) Vgl. L. 35. §. 3. D. de proc. et defens. 3, 3: Defendere videtur procurator, et si in possessionem venire patiatur, quum quis damni infecti satis vel legatorum desideret, [L. 36. cit.] vel in operis novi nunciatione. Sed et si servum ex causa noxali patiatur duci, defendere videtur; ita tamen, ut in his omnibus ratam rem dominum habiturum caveat.

6) L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. 4, 6.

7) L. 2. pr. D. quib. ex causis 42, 4. — Vgl. auch L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. 4, 6.

8) L. 7. §. 1. D. quibus ex causis 42, 4.

SI — — RECTE DEFENDETUR [9]).

Hiernach wird unser Edict also nur auf solche Fälle bezogen werden dürfen, in denen es bereits feststeht, daß Jemand durch ein Judicium vertheidigt werden muß, derselbe aber demungeachtet abwesend und ohne Vertheidigung ist.

Diese Voraussetzung kann nun zunächst dadurch erbracht werden, daß der Beklagte sie selbst als vorhanden anerkannte, indem er ein Vadimonium behuf der Ordinatio Judicii (eine cautio iudicio sisti) bestellte. Seinem eigenen Urtheile zufolge wollte und mußte er durch ein Judicium vertheidigt werden; stellt er sich demungeachtet nicht, und übernimmt auch kein Anderer während der dreißig Tage der Missio die Defension, so paßt die Bedingung: „Qui absens iudicio" (uti oportebit) „defensus non fuerit", vollkommen auf ihn. Unser Edict würde hiernach dasselbe ausdrücken, was das analoge Edict der Pandecten

L. 2. pr. D. quib. ex causis 42, 4.

vorschreibt; und dafür, daß das letztere Edict wenigstens mit in dem unsrigen enthalten ist, spricht auch noch folgender Umstand. Cicero will offenbar sämmtliche Edicte der hier fraglichen Art aufzählen, denn er nennt selbst die entlegensten [10]) (cui heres non exstabit, qui exilii causa solum verterit); bei dem Alter der Vadimonia kann nun aber nicht angenommen werden, daß jenes Pandecten=Edict seinem materiellen Gehalte nach zur Zeit des Cicero unbekannt war; und in der Aufzählung desselben bleibt ihm eben kein anderer Platz, als der unsrige.

Es wäre dies also der Fall des Quinctius.

Möglicherweise kann man nun noch einen Schritt wei=

---

9) L. 5. §. 2. D. quibus ex causis 42, 4.

10) Uebereinstimmend Keller l. c. p. 81.

ter gehen. Auch ohne Vadimonium kann die Sache so liegen, daß der Beklagte durch ein Judicium vertheidigt werden müßte. Wenn derselbe nämlich den Anspruch seines Gegners kennt, und trotz der erhobenen Klage nicht erfüllt, so läßt sich sagen, daß diese Nichterfüllung nur dann zu rechtfertigen sein würde, wenn er bereit wäre, sich durch Uebernahme eines Judicii zu vertheidigen. Dies ist ja gerade der Sinn, in welchem die Lex Rubria ihr uti oportebit gebraucht.

Der Regel nach wird es in einem solchen Falle nun zwar nicht zu unserem Edicte kommen; denn die Voraussetzung ist nicht vorhanden, welche in dem „absens“ liegt. Der Beklagte ist ja als bekannt mit dem Anspruche, und als gegenwärtig gedacht; der Kläger kann ihn daher vor Gericht ziehen oder aus dem Edicte gegen den Latitirenden seine Güter verkaufen. Und erscheint er vor Gericht, verweigert aber hier die Uebernahme des Judicii, so wird er nun zur Strafe seiner Contumacia verurtheilt; die Bonorum Venditio, welche alsdann gegen ihn eintritt, hat also wieder nichts mit unserm Edicte zu schaffen, sondern es ist dieselbe, welche gegen den Judicatus Platz greift [11]).

Eine Ausnahme tritt jedoch alsdann ein, wenn derjenige, gegen welchen der Anspruch geht, und von dem eine Vertheidigung durch Uebernahme des Judicii erwartet werden darf, selbst zu der Uebernahme nicht im Stande ist, während seine Vertreter dieselbe verweigern. In den Fällen dieser Art konnte weder von einer Latitatio des zu Verklagenden die Rede sein, noch war das gegen den Contumax stattfindende Verfahren anwendbar. Demungeachtet durfte der Kläger nicht schutzlos gelassen werden; es blieb also nichts übrig, als ihm auch hier die Venditio Bonorum Indefensi

---

11) Lex Rubria cap. 21 et 22. Vgl. übrigens Abschnitt IV.

einzuräumen. Die einzelnen Fälle, welche hieher gehören, sind folgende:

1) Derjenige, welcher sich in die Manus oder das Mancipium eines Andern begeben hat, kann wegen der vorher contrahirten Schulden noch selbst in Anspruch genommen werden, und wenn ihn der Gewalthaber nicht defendirt, so tritt der Verkauf der Güter ein, welche ihm ohne das Gewaltverhältniß gehören würden.

Gai. Comm. III, 84. IV, 38. 80.
L. 7. §. 2. D. de capite minutis 4, 5.

2) Dasselbe gilt rücksichtlich solcher Personen, welche nicht ohne Vormund oder Curator vor Gericht auftreten können, wenn sie entweder keinen Vertreter haben, oder derselbe die Defension verweigert, also rücksichtlich der Pupillen, der Minderjährigen, der Furiosi, der Prodigi ceterique, qui curatorum ope iuvantur. Im Einzelnen ist das Verfahren freilich nicht allemal gleich: die Pupillen genießen das besondere Privileg, daß ihre Güter während der Unmündigkeit von den Gläubigern nur besessen, nicht aber verkauft werden dürfen; die Furiosi werden denselben analog behandelt[12], so daß ein Verkauf nur Causa cognita und bei drückenden Schulden stattfindet; bei den Minores kommt dagegen die Bonorum Venditio allgemein zur Anwendung.

Vgl. namentlich L. 5. L. 7. §. 10—12. D. quib. ex causis etc. 42, 4. L. 5. D. de rebus auct. 42, 5.

3) Endlich sind auch noch die Corporationen hieher zu

---

12) L. 7. §. 11. D. quib. ex caus. 42, 4: quia hominis eius status et habitus a pupilli conditione non multum abhorret.

rechnen, sofern ihre Vertreter dem Kläger weder gerecht werden, noch den Proceß übernehmen wollen.

L. 1. §. 2. D. quod cuiuscunque univ. 3, 4.

Die Ausdehnung unseres Edictes auf diese Fälle wird dadurch sehr anziehend, daß wir alsdann in der That sämmtliche Anwendungen, in welchen Bonorum Venditiones der hier fraglichen Art vorkommen, in den von Cicero allegirten Worten des Edictes wiederfinden können.

Auf den ersten Blick möchte nun zwar der Ausdruck „absens" Schwierigkeiten verursachen. Denn es wird auch hier vorausgesetzt, daß der erhobene Anspruch dem Beklagten, oder seinem Vertreter bekannt geworden und eine sonstige Ausgleichung nicht erfolgt sei, so daß es nunmehr zum Judicium kommen müßte; und in diesem (unseren) Sinne läßt sich daher sagen, daß diese Bonorum Venditiones gerade so wenig, wie irgend eine andere, bei einfacher Absentia eintreten, sondern vielmehr Präsentia voraussetzen.

Allein die Römer gebrauchen den Ausdruck „absens" in einer allgemeineren Bedeutung. Das eine Mal ist es im ähnlichen Verstande, wie ich es gebrauche, derjenige, welcher sich nicht an dem Orte oder innerhalb der Provinz befindet, wo er verklagt werden soll:

L. 199. D. de Verb. Sign. 50, 16. Ulpianus [libro VIII. de omnibus Tribunalibus]. — Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loci, ubi petitur; non enim trans mare absentem desideramus; et si forte extra continentia urbis sit, abest. Ceterum usque ad continentia non abesse videtur, si non latitet.

Vgl. L. 173. §. 1. ibid.

L. ult. C. de praescr. longi temp. 7, 34.

Das andere Mal dagegen ist es derjenige, welcher nicht vor Gricht erscheint, wenn gleich er am Orte der Klage gegenwärtig ist. Die zweite Bedeutung liegt schon in dem letzten Satze der eben abgedruckten Stelle; der Latitirende, obgleich am Gerichtsorte gegenwärtig, ist dennoch abwesend. Sie wird aber auch ausdrücklich hervorgehoben:

> L. 4. §. 5. D. damni inf. 39, 2. Ulpianus [libro I. ad Edictum]. — Praetor ait: DUM EI, QUI ABERIT, PRIUS DOMUM DENUNTIARI IUBEAM; abesse autem videtur, et qui in iure non est; quod et Pomponius probat. Verecunde autem Praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua etc.
>
> L. 51. §. 5. D. de fideic. libert. 40, 5. Marcianus [libro IX. Institutionum]. — „Abesse autem is intelligitur, qui a tribunali abest."

Bedenkt man nun diesen allgemeineren Gebrauch des Ausdrucks, wonach er auf Jeden angewandt werden kann, der nicht da ist, wo er nach Lage der Sache sein sollte, so läßt sich sagen, daß die zuletzt genannten Fälle der Bonorum Venditio, mochte der Prätor bei Aufstellung unseres Edictes auch nicht an sie gedacht haben, dennoch von den römischen Juristen unter dasselbe subsumirt werden konnten. Die Voraussetzung, welche in dem „absens" liegt, war bei demjenigen, welcher Vadimonium geleistet hatte, eingetreten, sobald er nicht an dem Orte erschienen war, auf welchen das Vadimonium lautete; in den übrigen Fällen fand sie statt, sobald die betreffenden Personen in Jure keinen Vertreter fanden. Denn da sie ohne einen solchen ihre Vertheidigung nicht führen konnten, so durften sie im Rechtssinne als „absentes" angesehen werden.

§. 8.

Gajus.

Man wird sich aus dem Eingange dieses Abschnittes (S. 5) erinnern, daß Keller großes Gewicht auf Gajus legte. Mir ist nun keine Stelle des Gajus bekannt, aus welcher sich für seine Ansicht etwas entnehmen ließe; und ich kann daher nur bedauern, daß jene Berufung ohne Citate geblieben ist.

Indessen glaube ich annehmen zu dürfen, daß es bei der erwähnten Aeußerung auf Gajus Comment. IV. §. 78 abgesehen war. Denn ein paar Seiten vorher [1]) findet sich bei dem Abdrucke der Ciceronianischen Edicte auch diese Stelle abgedruckt. Daneben wird bemerkt, daß es also vier Fälle der Missio gebe, und gleich darauf hinzugefügt [2]), von Gajus werde der Fall **Qui exilii caussa solum verterit** nicht erwähnt; so daß Keller also in der bei ihm abgedruckten Stelle die drei andern Ciceronianischen Edicte, und folglich auch das Edict: **Qui absens iudicio defensus non fuerit** wieder erkannt zu haben scheint. Ueberdies ist auch von Andern [3]) in jener Stelle des Gajus derselbe Sinn gefunden worden.

Die Stelle lautet nun:

Gaius Comment. IV. §. 78: Bona autem veneunt aut vivorum, aut mortuorum. vivorum velut eorum, qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudi-

---

1) l. c. pag. 45.

2) l. c. pag. 46. not. 4.

3) Stieber l. c. pag. 41 ist meines Wissens der Urheber dieser Entdeckung; ihm folgt Zimmern a. a. O. §. 77. Note 3.

catorum post tempus, quod eis partim lege XII. tabularum, partim edicto Praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur, mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes, neque bonorum possessores, neque ullum alium iustum successorem existere.

Der letzte Theil der Stelle correspondirt offenbar mit dem Edicte Cui heres non exstabit; außerdem kommt aber nur noch aus dem Eingange der Satz: „vivorum velut eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur“ in Betracht. Wenn man dies übersetzen dürfte: „Es werden die Güter der Lebenden verkauft, zum Beispiel 1) wenn sie sich betrüglicher Weise verborgen halten, 2) wenn sie abwesend sind und nicht vertheidigt werden“; so würde die gegnerische Meinung im vollsten Rechte sein. Aber auf diese Weise kann man es gar nicht übersetzen. Denn offenbar ist das Subjekt der beiden, durch nec verbundenen, Prädikate latitant und defenduntur eins und dasselbe; und man muß also übersetzen: „Die Güter derjenigen werden verkauft, welche sich betrüglicher Weise verborgen halten und während ihrer Abwesenheit nicht vertheidigt werden.“ Gajus sagt daher in kürzern Worten nur dasselbe, was das prätorische Edict: „Qui fraudationis causa latitavit, si boni viri arbitratu non defendetur“ [4]) etc. etwas weitläuftiger ausdrückt.

Die ganze Belehrung, welche ich rücksichtlich unserer Frage aus Gajus zu schöpfen weiß, reducirt sich hiernach auf Folgendes. Zunächst macht die Umschreibung des Gajus, welche durchaus dem Edicte der Pandekten correspondirt, es wahrscheinlich, daß dieses schon damals an die

4) L. 7. §. 1. D. quib. ex caus. 42, 4.

Stelle des Ciceronianischen Qui fraudationis causa latitarit getreten war. Verstärkt wird diese Wahrscheinlichkeit dadurch, daß er das zweite Edict Qui absens iudicio defensus non fuerit gar nicht erwähnt. Hätte es noch bestanden, so würde er es bei seiner bedeutenden Anwendbarkeit trotz des vorgesetzten velut [5]) vielleicht auch genannt haben; war aber schon damals das viel längere Edict der Pandekten [6]) oder wenigstens ein ähnliches, an die Stelle getreten, so ist eher erklärlich, daß er es in seiner kurzen Darstellung überging.

Sodann finde ich in der Nachricht des Gajus ein Argumentum ex silentio für meine Ansicht. Wenn wirklich der Rechtssatz existirte, daß die Güter jedes abwesenden Indefensus verkauft würden, so war dies etwas so Auffallendes und Weitgreifendes, daß Gajus in seinem Lehrbuche der Institutionen jenen Rechtssatz angeben, dagegen das über den Latitirenden Gesagte, was ganz von selbst in der allgemeinen Regel enthalten war, hinweglassen mußte. Die Kürze der Darstellung litt hierbei nicht im Geringsten; unterließ er es dennoch, so würde er an dieser Stelle seine Sache einmal recht unpractisch oder recht gedankenlos angefangen haben. Und da er dies nicht zu thun pflegt, so folgt daraus, daß jener Rechtssatz nicht existirte.

---

5) Mit diesem gewöhnlichen velut wird es gerade hier nicht völlig genau genommen; denn wenn es im Nachsatze heißt — mortuorum — velut eorum, quibus certum est — neque ullum alium iustum successorem existere, so sind damit der Strenge nach doch wohl alle Todte genannt, deren Güter möglicher Weise verkauft werden können. Sobald ein iustus successor existirt, kommen immer nur dessen Güter zum Verkauf.

6) L. 2. §. 1. D. ibid. 42, 4.

§. 9.

Die Pandekten. Restitutio Majorum.

Indem ich nunmehr zu den Pandekten übergehe, so liegt mir vor allen Dingen der positive Beweis ob, daß der Kläger bei einfacher Absentia seines Gegners zwar eine Missio in Bona, nicht aber das Recht des Verkaufs habe erlangen können.

Zur Einleitung darf ich darauf zurückkommen [1]), daß auch die Pandekten den Fall der Latitatio als einen besonderen ansehen. Dasselbe Verhältniß findet bei der Bonorum Venditio statt, welche gegen Unvertheidigte wegen versäumter Cautio Judicio sisti, wegen Minderjährigkeit, Wahnsinn u. s. w. eintritt. Diese Art der Behandlung weist aber deutlich darauf hin, daß der Regel nach ein anderes Verfahren Rechtens gewesen sei; und die Verschiedenheit, welche wir hiernach annehmen müssen, läßt sich wieder nirgend anders, als in dem Verkaufsrechte, finden.

Die genauere Begründung meiner Ansicht wird sich indessen aus dem Edicte ergeben, welches von der Restitution der Großjährigen handelt.

> **L. 1. §. 1. D. ex quibus causis maiores XXV. anni in int. rest. 4, 6. Ulpianus libro XII. ad Edictum. — Verba autem Edicti talia sunt: „Si cuius quid de bonis deminutum erit, cum is metu, aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve vinculis servitute hostiumque potestate esset; sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur; item si quis quid usu suum fecisset, aut, quod non utendo sit**

1) Vgl. hierüber oben S. 37 u. 38.

amissum, consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret, neque defenderetur; cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur; earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit [2]).

Die durch den Druck ausgezeichneten Worte sagen, daß man restituirt werden solle, wenn man seinen Gegner nicht habe verklagen können [3]) und in Folge davon, sei es durch Usucapion des Gegners, oder durch Non Usus, oder durch Klagverjährung sein Klagerecht verloren habe; und unter den Gründen, weshalb man die Klage nicht anstellen könne, wird ganz allgemein auch der genannt, daß der Gegner abwesend ist, und sich kein Defensor findet („cum absens non defenderetur").

---

2) Von der Florentina ist insofern abgewichen, als im Eingange die Worte „deminutum erit" eingeschoben, sodann statt amisit „sit amissum" und endlich statt pro magistratu „per magistratus" gesetzt ist; wegen der Gründe vgl. v. Savigny, System des Röm. Rechts VII. S. 165 u. 166 die Noten e, i und k.

3) Vgl. die Worte: „intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit."

Allein die Restitution ist eine außerordentliche Rechtshülfe; sie tritt sparsam, und nur alsdann ein, wenn das ordentliche Recht keine Abhülfe gewährt. Hätte nun dem Kläger das Recht der Bonorum Venditio zugestanden, falls derjenige, welchen er verklagen wollte, abwesend war und keinen Procurator oder Defensor hatte; so würde die Restitution überflüssig gewesen sein. Denn der Kläger würde sich alsdann vor Eintritt des Verlustes selbst seine Befriedigung haben verschaffen können, und wäre dadurch der Anstellung einer Klage nach erfolgter Rückkehr seines Gegners völlig überhoben worden. Mochte ihm dieses harte Verfahren vielleicht nicht anstehen und daher unterbleiben, so hätte in einer solchen persönlichen Milde noch durchaus kein Grund gelegen, ihm Restitution zu ertheilen, sondern der Prätor würde dem etwaigen Gesuche mit den Worten des Paulus [4]) entgegnet haben:

— **non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis** [5]).

Die allgemeine Ertheilung der Restitution, sobald der künftige Beklagte abwesend war, ist also nur dann erklärlich, wenn man annimmt, daß dem Kläger das Recht der Bonorum Venditio in diesem Falle nicht zustand.

---

4) L. 16. D. ex quib. caus. maj. 4, 6.

5) Wird doch dieser Grundsatz so streng genommen, daß es sogar Pflicht des Klägers ist, welcher in Zukunft restituirt sein will, sich zu gehöriger Zeit danach umzusehen, ob nicht Jemand freiwillig die Vertheidigung des Abwesenden übernehmen mag. Vgl. L. 22. pr. D. ibid. 4, 6: — Ergo sciendum est, non aliter hoc Edictum locum habere, quam si amici eius interrogati fuerint, an defendant: aut si nemo sit, qui interrogari potest; — eaque testatione complecti oportet.

Ein Einwand ließe sich gegen diese Schlußfolgerung vielleicht daraus entnehmen, daß man bei den Worten: **cum absens non defenderetur** etwa noch besondere Umstände hinzudächte, die auch den Schutz durch Bonorum Venditio ausschlössen, z. B. daß der Abwesende die Sache, welche vindicirt werden muß, mit sich genommen hätte und trotz der Bonorum Venditio ersäße; oder daß der Verkauf der Güter für die Befriedigung des Gläubigers nicht ausreichte, der erst nach Jahren zurückkehrende Schuldner aber Vermögen mitbrächte; oder daß gar keine Bona vorhanden wären und dgl. Allein obschon ich nicht leugnen will, daß in solchen besondern Fällen ebenfalls Restitution ertheilt sein mag [6]), so wird man doch zugeben müssen, daß sich das prätorische Edict nicht auf dieselben beschränken läßt. Die Restitution würde alsdann, wenn der Gegner abwesend ist, nicht der Regel nach, sondern nur ausnahmsweise eintreten; und nicht die Abwesenheit, sondern ganz andere Umstände würden die eigentliche **causa restitutionis** bilden. Es wäre also nicht nur willkürlich, derartige Voraussetzungen hinzuzudenken, sondern bei der Genauigkeit des prätorischen Edictes ist es auch geradezu unmöglich, daß sie unerwähnt geblieben sein sollten; und ich brauche daher wohl kaum zu erinnern, daß auch die römischen Juristen von solchen Beschränkungen nichts wissen, sondern im Gegensatz zu den besondern Voraussetzungen, deren es bei der Abwesenheit des Klägers noch außerdem bedarf (**metus etc.**), ausdrücklich hervorheben, daß die Restitution wegen Abwesenheit des Beklagten ganz allgemein eintrete.

L. 21. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4, 6. Ulpianus libro XII. ad Edictum. — Et erit no-

6) Vgl. auch Note 11.

tandum, quod plus Praetor expressit, quum adversus eos restituit, quam quum ipsis subvenit; nam hic non certas personas enumeravit, adversus quas subvenit, ut supra, sed adiecit clausulam, qua omnes, qui non defenduntur, complexus est [7]).

---

7) Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 178 beschränkt das cum absens non defenderetur auf die „freiwillige" Abwesenheit. Das gleich folgende inve vinculis esset scheint hierzu die Veranlassung gegeben zu haben. Burchardi nimmt dasselbe nämlich allgemein, indem er es auch auf diejenigen bezieht, welche abwesend und zugleich in Gefangenschaft, nämlich beim Feinde, sind; und unter dieser Voraussetzung ist es freilich nur consequent, jenen ersten Fall auf die freiwillige Abwesenheit zu beschränken. Allein den Gegensatz zu dem cum absens non defenderetur bilden in den folgenden Fällen die praesentes, welche nicht belangt werden können. Denn es heißt im Folgenden ja gar nicht: cum ab hostibus captus esset, sondern nur: inve vinculis esset. Letzteres brauchte aber bei dem ab hostibus captus keineswegs der Fall zu sein. Rücksichtlich des Klägers, bei welchem beide Arten der Verhinderung hervorgehoben werden mußten, finden sie sich daher auch beide genannt: „cum is — inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset." Hauptsächlich aber wäre es sehr überflüssig gewesen, die Abwesenden, sofern sie in Fesseln seien, noch einmal zu nennen; dieselben waren bereits unter dem allgemeinen Satze cum absens non defenderetur mitbegriffen, und es kann mithin bei demjenigen, der in vinculis esset, nur an einen Gegenwärtigen gedacht worden sein. — Von den Stellen, auf welche Burchardi sich zur Unterstützung seiner Auslegung beruft, spricht L. 9 et 10. D. h. t. von der Abwesenheit des Klägers. Die L. 23. h. t., welche unsere Stelle interpretiren will, giebt im Eingange den Unterschied gerade so an, wie er im Texte aufgefaßt ist: — Ait Praetor: inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret: haec persona merito adiecta est, fieri enim poterat, ut quis in vinculis praesens esset, vel in publica vel

Zu einem fernern Einwande könnte auf den ersten Blick der Umstand Veranlassung geben, daß die Restitution auch

---

privata vincula ductus; nam et eum, qui in vinculis est, si modo non sit in servitute, posse usu acquirere constat. Sed et is, qui in vinculis est, si defendatur, cessat restitutio." Der §. 1. sagt in Betreff der Ersitzung das Gegentheil von dem, was Burchardi will, nämlich daß eine Restitution gegen den ab hostibus captus nicht erforderlich sei, weil er den Besitz verliere, mithin die Usucapion von selbst unterbrochen werde; §. 2. geht im Zusammenhange der Darstellung auf den Kläger über, und spricht diesem wegen Gefangenschaft die Restitution zu, aber nicht aus dem hier fraglichen Theile des Edictes, sondern aus dem Eingange desselben; §. 3 kehrt zu unserem Falle zurück, und läßt eine Restitution nach Analogie des inve vinculis esset zu, wenn diejenigen, welche in potestate captivi sind, gegenwärtig waren und ex re peculiari etwas ersessen haben, indem wegen der Abwesenheit ihres Vertreters die Klagerhebung unthunlich war, und kein Defensor auftrat; und die allgemeine Schlußbemerkung: Sed et si dies actionis, quae adversus captivum competebat, exierit, succurretur adversus eum, ist für unsere Frage irrelevant, da nicht gesagt wird, daß diese Restitution aus der Clausel inve vinculis esset ertheilt werde, sondern sie findet natürlich aus der Clausel cum absens non defenderetur statt. — Zweifel erregen könnte allein die letzte Stelle, auf welche sich Burchardi auch hauptsächlich beruft: L. 26. §. 1. D. h. t.: Adversus relegatum restitutionem faciendam ex generali clausula Pomponius ait, sed non et ipsi concedendam, quia potuit procuratorem relinquere; ex causa tamen puto etiam ipsi succurrendum. Man könnte nämlich sagen, da nicht aus der Clausel cum absens non defenderetur, sondern ex generali clausula gegen den Relegirten Restitution ertheilt werde, so folge hieraus, daß jene Clausel nur die Fälle freiwilliger Abwesenheit umfasse, denn sonst würde sie auch für die hier fragliche Art der Abwesenheit genügt haben. Allein es wird gar nicht an den Fall gedacht, wo Jemand lediglich aus einem bestimmten Orte ausgewiesen ist, und man in Folge hiervon nicht weiß, wo er sich befindet, so daß er also nicht belangt werden kann, — dies müßte hinzukommen, um das

dann ertheilt werden soll, wenn der Beklagte secum agendi potestatem non faceret; man könnte unter diesem scheinbar sehr allgemeinen Ausdruck den Latitirenden mitverstehen wollen. Allein dem ist nicht so. Der Prätor unterscheidet folgendermaßen:

1) Ist der Beklagte abwesend, so wird immer restituirt.

2) Ist er gegenwärtig, so wird nur restituirt,

a) wenn er in Gefangenschaft ist,

b) wenn er secum agendi potestatem non facit,

c) wenn er von Rechtswegen nicht in Jus vocirt werden darf,

d) wenn ein Magistrat intercedirt und die Vocatio hindert,

e) wenn der Richter die Klage nicht annehmen will [8]).

---

cum absens non defenderetur anwendbar zu machen —, sondern an den andern, wo Jemand an einen bestimmten Ort verwiesen, und also in unserm Sinne praesens ist. Vgl. L. 7. pr. §. 1. 2. 5—19. L. 14. pr. L. 19. pr. D. de interd. et relegat. 48, 22. Dies zeigt die Stellung des Satzes, indem vor und nach demselben von Fällen der Präsentia des Beklagten die Rede ist. Bei dem solchergestalt Relegirten galt nun aber die Regel der L. 22. §. 3. D. ad municipalem 50, 1: Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet. Der Relegirte konnte am Orte der Relegation belangt werden; deshalb passen sämmtliche Fälle der Restitution gegen den abwesenden, oder gegen den gegenwärtigen, aber nicht belangbaren, Beklagten nicht auf ihn; und der Kläger, welcher die Klage an jenem Orte anzustellen versäumte, kann nach der Rückkehr des Relegirten nur insofern Restitution erhalten, als dieselbe ex clausula generali gewährt werden mag.

8) Die beiden letzten Fälle beziehen sich wohl hauptsächlich auf die Zeit nach erhobener Klage (Proceßverjährung), insofern gehören sie nicht hieher. Da jedoch die Anwendung auf die Klagerhebung wenig=

Nun hat aber das secum agendi potestatem non facere viel weniger Voraussetzungen auf Seiten des Beklagten, als das fraudationis causa latitare; das Erstere ist zwar allemal im Letzteren enthalten, nicht aber umgekehrt das Letztere im Ersteren; und hätte der Prätor für den Fall der Latitatio ebenfalls Restitution ertheilen wollen, so würde er denselben besonders erwähnt haben. Die Möglichkeit der entgegenstehenden Auslegung [9]) wird von Ulpian berücksichtigt, und beseitigt:

L. 23. §. 4. D. ex quib. causis maiores 4, 6. Ulpianus libro XII. ad Edictum. — Deinde adiicit Praetor: secumve agendi potestatem non faceret, ut, si, dum hoc faciat, per usum adquisitio impleta, vel quid ex suprascriptis contigit, restitutio concedatur; merito. Non enim sufficit semper in possessionem bonorum eius mitti, quia ea interdum species esse potest, ut in bonis latitantis mitti non possit, aut non latitet; finge enim, dum advocationes postulat, diem exiisse, vel dum alia mora iudicii contingit.

Ulpian stellt die Missio in Bona schlechthin, und die Missio in Bona Latitantis einander gegenüber; und bezieht die Restitution nur auf den Fall, wo die letztere Art der Missio, sei es aus andern Gründen, sei es um deswillen

---

stens nicht ausgeschlossen ist, so sind sie der Vollständigkeit wegen mit aufgenommen worden.

9) Das Vorhergehende soll natürlich nur dazu dienen, den Ausdruck des Prätors zu erklären; unter Umständen kann andererseits das potestatem sui non facere so gemeint sein, daß es das Latitiren mit umfaßt; vgl L. 2. pr. § 1 et 2. D. quib. ex causis etc. 42, 4.

nicht eintreten kann, weil sich nicht sagen läßt, daß der Beklagte latitirt. Für Letzteres werden dann noch Beispiele angeführt [10]; das secum agendi potestatem non facere ist in denselben vorhanden, aber das Latitiren nicht; denn der Beklagte hält sich weder verborgen, noch hat er den animus fraudandi.

Die Stelle ist übrigens für uns nicht allein deshalb wichtig, weil sie einem möglichen Mißverständnisse vorbeugt; sondern während die Beweisführung bis jetzt auf einer eigenen Schlußfolgerung gebaut zu sein schien, so sehen wir nunmehr durch ein sehr unzweideutiges Argumentum a contrario, daß unsere Anschauungsweise auch diejenige der römischen Juristen ist. Indem nämlich Ulpian den Grund der Restitution darin setzt, daß eine Missio in Bona Latitantis nicht eintreten könne, so folgt von selbst, daß die Restitution wegfällt, wenn jene Missio statthaft ist. Dieselbe wird regelmäßiger Weise genügen (sufficit), und daher eine außerordentliche Rechtshülfe ausgeschlossen bleiben [11].

---

10) In den beiden folgenden Stellen L. 24 et 25. ibid. werden diese Beispiele fortgesetzt.

11) An einen analogen Fall, wie die S. 51 erwähnten, mag hierbei durch den Zusatz gedacht sein: quia ea interdum species esse potest, ut in bona latitantis mitti non possit. – Ich kann es daher nicht für richtig halten, wenn v. Savigny, System des heut. Röm. Rechts Bd VIII. S. 181, in Uebereinstimmung mit Burchardi a. a. O. S. 179, das Secum agendi potestatem non facere so erklärt: „Darunter sind die zu verstehen, welche sich in der Heimath versteckt halten, um der Klage zu entgehen, ferner, welche die Klage verzögern durch böswillige Hindernisse, die sie dem Anfang des Rechtsstreits entgegenstellen, oder auch ohne bösen Willen, weil sie durch viele andere Geschäfte abgehalten werden, sich darauf einzulassen"; und sodann hinzufügt, „es werde dabei bemerkt, daß es

Aber auch das letzte Glied unserer Schlußfolgerung, wonach die Missio in Bona Latitantis deshalb genügt, weil sie das Recht des Verkaufes giebt, während die Missio in Bona Absentis dies nicht thut, wird von Ulpian bestätigt:

L. 21. §. 2. D. ex quib. caus. mai. 4, 6. Ulpianus libro XII. ad Edictum. — Haec autem restitutio locum habet, sive per se, sive per subiectas sibi personas usu acquisierunt, qui absentes non defendebantur; et ita, si nemo eorum erat defensor. Nam si fuit procurator, quum habueris, quem convenias, non debet inquietari. Ceterum si non existebat defensor, aequissimum erat subveniri; eo potius, quod eorum, qui non defenduntur, siquidem latitent, Praetor ex Edicto pollicetur in bona eorum mittere, ut, si res exegerit, etiam distrahantur, si vero non latitent, licet non defendantur, in bona tantum mitti.

Die hervorgehobenen Worte sprechen die zu beweisende Regel, daß gegen Abwesende, welche nicht latitiren, keine

gegen die latitantes auch noch andere Zwangsmittel gebe, namentlich die Missio in Bona." Denn abgesehen davon, daß ich in einer Restitution gegen den Latitans kaum ein eigentliches Zwangsmittel wider denselben erblicken kann, so scheint mir diese ganze Auslegung nur aus der herrschenden Ansicht hervorgegangen zu sein, nach welcher der Latitans dem Absens gleichstehen soll. Folgerichtig ist v. Savigny bemüht, in unserer Stelle den Satz zu finden, auch wegen Latitatio werde die Restitution ertheilt und nur daneben sei auch die Missio in Bona statthaft. Aber wer die Stelle ohne jene vorgefaßte Meinung liest, wird einräumen, daß sie die Restitution im Falle der Latitatio des Beklagten nicht ertheilt, sondern ausschließt.

Bonorum Venditio, sondern nur eine Missio in Bona eintrete, als eine allgemein gültige so unzweideutig aus, wie man sie nur aussprechen kann. Dieser Grundsatz wird benutzt, um die prätorische Restitution wegen Abwesenheit des Beklagten zu erklären, und wir haben bereits gesehen, daß diese Restitution in der That auf jenem Grundsatze beruht und nur erklärbar ist, wenn man an demselben festhält.

§. 10.

Fortsetzung. L. 7. §§. 17 et 18. D. quib. ex causis 42, 4.

Der positive Beweis meiner Ansicht scheint mir mit jener einen Stelle vollständig geführt zu sein. Um sie jedoch nicht als eine singuläre erscheinen zu lassen, mag zur Unterstützung noch eine andere hinzugefügt werden.

> L. 7. §. 17. D. Quib. ex causis in poss. 42, 4. Ulpianus [libro LIX. ad Edictum]. — Celsus autem Sexto respondit, si fundum, quem petere volo, Titius possideat, neque absens defendatur, commodius se existimare, in fundum possessione mittendum, quam bona eius possideri: hoc adnotandum est, Celsum consultum non de latitante, sed de absente.

Celsus hatte gesagt, in Abwesenheit des künftigen Beklagten sei es bequemer, sich in das Grundstück, welches man von ihm vindiciren wolle, immittiren zu lassen, als in sein ganzes Vermögen. Dies erkennt Ulpian als richtig an, aber er fügt die ausdrückliche Bemerkung hinzu, das es nur rücksichtlich des Absens, nicht aber rücksichtlich des Latitans gelte. Die Missio in Bona Absentis, und die Missio in

Bona Latitantis werden also auch hier so scharf einander entgegengesetzt, wie es nur möglich ist; und theilt man nun die herrschende Meinung, daß zwischen beiden Arten der Missio kein Unterschied stattfinde, so muß der Zusatz Ulpians geradezu unerklärlich werden.

Zwar scheint Bethmann-Hollweg [1]) eine Erklärung zu versuchen. Er geht zunächst von der Annahme aus, daß auch bei in rem actiones ursprünglich Missio in Bona wider den einfach abwesenden Beklagten, und zwar cum Effectu Venditionis eingetreten sei. In zwei hiervon an und für sich verschiedenen Fällen, nämlich wenn der Beklagte den Besitz abgeleugnet hatte und desselben überführt wurde, oder wenn er die Cautio Judicatum solvi nicht leistete, habe man aber auf den Kläger den Besitz der streitigen Sache übertragen, wodurch zugleich die Beweislast auf den ursprünglichen Beklagten übergegangen sei. Später habe man nun dieses mildere Zwangsmittel auch bei sonstigen Gelegenheiten zur Anwendung gebracht, z. B. wenn der Besitzer ohne böse Absicht abwesend gewesen sei, und hierauf beziehe sich der Gegensatz unserer Stelle.

Diese Erklärung sieht sich also zu der Concession genöthigt, daß wenigstens später und bei den dinglichen Klagen die Bonorum Venditio wegen einfacher Absentia des Beklagten außer Uebung gekommen sei. Aber sie scheint mir demungeachtet an mehrfachen Uebelständen zu leiden.

Vor allen Dingen redet unsere Stelle mit keinem Worte von früher oder später, sondern nur von bequemer oder weniger bequem; und wenn man auch annehmen dürfte, daß

---

1) a. a. O. S. 284, besonders Note 27. Vgl. auch Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. Bd IX. S. 49, und Wetzell, der römische Vindicationsproceß. S. 105.

die Missio in die beanspruchte Sache später Mode geworden sei, wie die Missio in Bona Absentis, so kommt es doch nicht auf diesen Gegensatz, sondern auf denjenigen zwischen der Missio in Bona Absentis und in Bona Latitantis an, diese beiden Missionen werden aber von Ulpian als gleich practisch einander entgegengesetzt. Sodann ist es eine mit Nichts bewiesene, sondern wohl nur zur Erklärung unserer Stelle gemachte Behauptung, daß die Kläger, wenn sie eine dingliche Klage gegen den Latitirenden anstellen wollten, auf die Bonorum Venditio allemal [2]) Verzicht geleistet und sich mit dem Besitze der Sache begnügt hätten; und diese Behauptung ist um so weniger stattnehmig, da Ulpian gar nicht von demjenigen spricht, was Sitte sei, sondern von dem, was von Rechtswegen geschehen müsse. Endlich wird, um die Kläger wegen der von ihnen erlassenen Bonorum Venditio einigermaßen zu entschädigen, ihrer Missio in Rem petitam die Wirkung beigelegt, daß nunmehr die Beweislast auf den Gegner übergehe. Aber die Missio in Rem hat jene Wirkung nur, wenn sie wegen Ungehorsams erfolgte, keineswegs, wenn sie wegen einfacher Abwesenheit verfügt wurde. Vielmehr kann der Abwesende gegen gehörige Sicherheit sein gesammtes Vermögen, folglich auch einzelne darunter befindliche Sachen, nach seiner Rückkehr wiedererlangen und als Beklagter den Proceß übernehmen [3]).

---

[2]) Dies müßte vorausgesetzt werden, um den scharfen Gegensatz Ulpians auch nur einigermaßen zu erklären.

[3]) L. 33. §. 1. D. de reb. auct. iud. 42, 5. — L. 5. §§. 2 et 3. D. quib. ex causis in poss. 42, 4. — L. 8. §. 3. C. de praescr. XXX vel XL annorum 7, 39. — arg. L. 13. §. 3. C. de iudiciis 3, 1. — Nov. 53. c. 4. § 1.

Die richtige Erklärung scheint mir statt dessen folgende zu sein: Ist der Beklagte einfach abwesend, so ist es allemal bequemer, sich nur in die Possessio Rei, nicht aber Bonorum, einweisen zu lassen. Denn mit dem Besitze der Sache erhält der Kläger einstweilen, was ihm zukommt; und die Missio in das gesammte Vermögen würde ihn nur mit der Custodia für dasselbe belasten, ohne einen reellen Vortheil zu gewähren. Kehrt nämlich der Beklagte zurück, so muß sein Gegner in beiden Fällen nach erfolgter Caution den Besitz wieder aufgeben und als Kläger auftreten. Ganz anders verhält es sich, wenn der Beklagte latitirt. Hier kann der Kläger sein Vermögen feil bieten und nach sechszig Tagen verkaufen; und es wird dies möglicher Weise von erheblichem pecuniären Vortheil für ihn sein, indem er den etwaigen Ueberschuß für sich behält. Aber diese Aussicht ist es nicht allein, an welche Ulpian denkt. Ein fernerer Unterschied würde (nach der herrschenden Ansicht) namentlich auch darin liegen, daß mit dem Vermögensverkauf der Streit über die Sache selbst definitiv erledigt wäre, und der Kläger nicht mehr zu befürchten hätte, daß er nach der Rückkehr des Gegners einen Proceß über dieselbe führen müsse. Diese Ansicht halte ich nun freilich nicht für völlig richtig, sondern derjenige, dessen Güter wegen angeblicher Latitatio bereits verkauft sind, kann den Verkauf nach seiner Rückkehr immer noch anfechten [4]). Aber freilich muß er alsdann den Beweis übernehmen, daß er nicht latitirte. Dieser Beweis wird ihm unmöglich sein, wenn er wirklich latitirt; und auch deshalb ist es im letzteren Falle, wie Ulpian hervorhebt, keineswegs unbedingt bequemer, sich mit einer Missio in Bona Absentis zu begnügen. Bei derselben steht

[4]) Vgl. hierüber den Abschnitt III. §. 14.

dem Kläger die Aussicht bevor, nach der Rückkehr des Abwesenden den Beweis seines Eigenthums führen zu müssen und darüber vielleicht den Proceß zu verlieren; macht er dagegen von seinem Rechte Gebrauch, die Güter des Abwesenden zu verkaufen, weil derselbe nicht blos abwesend ist, sondern auch latitirt, so muß dieser späterhin das Verfahren anfechten, und dagegen ist der Kläger sicher.

Andere Gesichtspuncte liegen übrigens der folgenden Stelle zu Grunde:

> **L. 7. §. 18. D. quib. ex causis 42, 4. Idem Celsus existimat, si is, a quo hereditatem petere velim, latitat, commodissime fieri posse, ut in possessionem mittar rerum, quas pro herede, vel pro possessore possidet: sed si dolo fecit, quominus possideret, bona eius possidenda et vendenda sunt.**

Celsus spricht hier nicht, wie im vorhergehenden Falle, eine allgemeine Rechtsregel — **commodius se existimare** — aus, und Ulpian sieht sich deshalb auch nicht zu Einschränkungen veranlaßt, sondern er sagt nur, es könne viel bequemer sein, sich gegen den Latitirenden mit der **missio in hereditatem petitam** zu begnügen. Gewiß mit Recht; denn wenn Jemand erst latitirt, so ist factisch in den allermeisten Fällen weder ein Ueberschuß beim Verkauf seines Vermögens zu erwarten, noch anzunehmen, daß er die Klage, gegen welche er sich jetzt verbirgt, später selbst veranlassen werde. Und wenn der Fall auf diese Weise liegt, so wird es für den Kläger bequemer sein, sich mit dem Besitz seiner Erbschaft zu begnügen, als sich mit dem unnützen Vermögensverkauf zu behelligen. Anders dagegen, wenn die Erbschaft nicht mehr in Natura vorhanden ist; hier wird man

zur Venditio Bonorum schreiten müssen, während dieselbe bei einfacher Absentia unerlaubt wäre.

§. 11.

Fortsetzung. Possessio Rei servandä causa.

Die älteren Schriftsteller pflegen bei unserer Materie noch zu allegiren:

> L. 3. §. 23. D. de acquir. vel amitt. poss. 41, 2. Paulus [libro LIV. ad Edictum]. — Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa, vel quia damni infecti non caveatur, possidemus, ineptissimum est; nam qui creditorem rei servandae causa, vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem, vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observantiam concedit; et ideo, quum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis, et per longam possessionem capere Praetor causa cognita permittit.

mit welcher Hauptstelle die, dem Sinne nach ähnlichen

> L. 10. §. 1. D. de acq. vel am. poss. 41, 2.
> L. 3. §. 8. D. uti possidetis 43, 17.
> L. 12. D. quibus ex causis etc. 42, 4.
> L. 9. in f. D. de rei vindicatione 6, 1.

zu vergleichen sind.

Bei der Benutzung dieser Stellen ist nun zwar ein erhebliches Mißverständniß untergelaufen, indem man biswei=

len die Missio Rei servandä causa, welche nach Paulus nur eine Detention giebt, auf den Fall der einfachen Absentia des Gegners beschränken, und dagegen demjenigen, welcher cum Effectu Venditionis immittirt ist, den sofortigen juristischen Besitz hat zusprechen wollen [1]). Die Irrthümlichkeit der ersteren Meinung geht namentlich aus

L. 50. pr. D. de peculio 15, 1.

L. 1. L. 7. pr. D. quibus ex causis 42, 4.

hervor, wonach der Ausdruck Missio Rei servandä causa auch auf solche Missionen bezogen werden muß, welche die Verkaufsbefugniß mit sich führen; und die letztere Behauptung kann schon aus der Quinctiana widerlegt werden, indem, wie wir §. 6. gesehen haben, auch der cum Effectu Venditionis Immittirte während der ersten dreißig Tage nur eine Detention neben dem Dominus erhält [2]).

Indessen hat uns jene Rede andererseits gezeigt, daß der Kläger nach Ablauf der dreißig Tage allerdings den ausschließlichen Besitz der Güter erlangte, in welche er immittirt war. Die Römer machen nun aber in ähnlichen Verhältnissen gerade davon, ob man den bisherigen Inhaber vertreiben darf oder nicht, die Frage nach dem juristischen Besitze abhängig [3]), und es entspricht dies vollkommen der allgemeinen Natur desselben. Denn er erfordert nicht etwa die Absicht, in der Sache sein Eigenthum besitzen zu wollen (animus dominii), sondern nur diejenige, eine ausschließ-

---

1) Thibaut, Ueber Besitz und Verjährung S. 13.

2) Vgl. im Uebrigen v. Savigny, Besitz. §. 23. S. 325. Note 3.

3) L. 5. D. ut in poss. leg. 36, 4: — nec tam possessio rei, quam custodia datur, neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur. — Vgl. L. 15. §. 20. D. damni inf. 39, 2.

liche factische Herrschaft über die Sache auszuüben, wie solche einem Eigenthümer zustehen würde (**animus domini**) [4]; diese letztere Absicht hat aber der Immittirte, sobald nach Ablauf der dreißig Tage der Verkaufsbefehl ertheilt und der Dominus ausgewiesen ist; und es würde daher nur consequent gewesen sein, ihm von diesem Augenblicke an auch den juristischen Besitz zuzuschreiben. Da er denselben jedoch nicht etwa, — wie dies nach der zweiten Missio wegen verweigerter Cautio Damni infecti geschieht, — in der Absicht ausübt, Eigenthümer der Sache zu werden, mithin diese Absicht auch nicht durch eine Ersitzung verwirklicht, sondern sein juristischer Besitz in Folge der alsbald eintretenden Bonorum Venditio auf den Käufer der Bona übergeht, so konnte jene Wirkung des Verkaufsbefehles practisch freilich kaum in Betracht kommen.

Demungeachtet möchte es vielleicht auffallen, daß Paulus die Possessio Rei servandä causa unbedingt für eine reine Detention erklärt, ohne dabei der eben erwähnten Ausnahme, welche dem Quintus Mucius im Sinne gelegen haben könnte, irgend zu gedenken. Nimmt man nun hinzu, daß Ulpian in einer andern Stelle die Possessio Rei servandä causa dem Venire sehr scharf entgegensetzt:

> **L. 3. pr. D. quibus ex causis 42, 4. Ulpianus [libro LIX. ad Edictum.] — Apud Iulianum quaeritur, si communem rem cum Titio pater pupilli habuerit, et communi dividundo iudicio pupillus non defendatur, nihilque erit, cuius nomine propter personam patris condemnatio fieri debeat, utrum venire bona pa-**

[4]) Vgl. Puchta in Weiske's Rechtslexicon Bd II. S. 42; Pandecten und Vorlesungen üb. das heut. röm. Recht. §. 133.

tris oporteat, an vero rei servandae causa possideantur [5])?

so wird die Vermuthung nahe gelegt, daß jener Ausdruck vorzugsweise für den Fall technisch war, wo die Possessio das Verkaufsrecht überhaupt nicht, oder wenigstens noch nicht unmittelbar, in sich enthielt. Auch stände die allgemeinere Bedeutung der Missio Rei servandä causa hiermit nicht im Widerspruch; denn den Gegensatz zu dem Venire bildet nicht die Missio in Bona, welche ja auch bei der Venditio vorhergeht, sondern die Possessio Bonorum, und gerade von dieser reden unsere Stellen.

Hiernach würde also bei einer Possessio Rei servandä causa vorzugsweise an den Fall zu denken sein, wo Jemand zwar cum Effectu Venditionis immittirt ist, aber den Besitz noch nicht dreißig Tage lang ausgeübt und daher den Verkaufsbefehl selbst noch nicht erhalten hat [6]), oder aber an den Fall, wo er wegen einfacher Absentia in den Besitz gewiesen wurde und daher den Verkaufsbefehl von Rechtswegen nicht erhalten kann. Und insofern die allegirten Stellen auch diesen letztern Fall im Auge haben, würden sie ebensoviel weitere Anwendungen unseres Grundsatzes bezeugen.

Uebrigens bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß das Gesagte nur als eine Vermuthung aufgestellt sein soll, aus welcher hervorgeht, daß die ältern Ansichten auch in dieser Beziehung wenigstens nicht ganz ohne Halt waren. Einen eigentlichen Beweis baue ich nicht darauf, und glaube dessen nach der früheren Ausführung nicht mehr zu bedürfen.

---

5) Vgl. etwa auch L 7. §. 2. D. de susp. tut. 26, 10.

6) Man könnte sagen, bei dieser Sachlage besitze er noch nicht, weil er verkaufe (venditionis causa), sondern vorerst nur, weil er sein Recht wahre (rei servandae causa).

§. 12.

Fortsetzung. Gegenbeweis.

Es bleibt noch übrig, diejenigen Stellen in Betracht zu ziehen, auf welche die gegentheilige Meinung sich beruft. Da es zu weit führen würde, Alles zu berücksichtigen, was irgend einmal hieher gezogen worden ist [1]), so halte ich mich an die Auswahl, welche sich bei Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 26. Note 13, 22 u. 23, und bei Keller a. a. O. §. 2. Note 19 findet.

Vor allen Dingen ist nun zu nennen:

> **L. 6. §. 1. D. quibus ex causis 42, 5. Paulus [libro LVII. ad Edictum]. — Quum dicitur: ET EIUS, CUIUS BONA POSSESSA SUNT A CREDITORIBUS, VENEANT, PRAETERQUAM PUPILLI ET EIUS, QUI REIPUBLICAE CAUSA SINE DOLO MALO AFUIT, intelligimus, eius, qui dolo malo abfuerit, posse venire.**

Man scheint in diesem Edicte den Grundsatz gefunden zu haben, daß allemal, wo eine Missio in Bona von Seiten eines Creditors stattfinde, derselben gleichsam von selbst die Kraft innewohne, nach Ablauf von dreißig Tagen dem Immittirten das Verkaufsrecht zu geben.

Allein daß der Prätor keine allgemeine Regel für sämmtliche Missionen der hier fraglichen Art geben wollte, wird durch das gleich folgende Edict über den Latitirenden bewie-

---

1) Vgl. z.B. die Argumente Stieber's l. c. pag. 31 in f.; 32 in f. et 33 init.; 42 in f. et 43 init.; deren besondere Widerlegung ich wohl für überflüssig ansehen darf.

sen [2]). Am Schlusse desselben heißt es ausdrücklich **possideri vendique iubebo**; der Zusatz **vendique** würde aber völlig überflüssig gewesen sein, wenn der Prätor mittelst eines andern Edictes bereits eine allgemeine hierauf gerichtete Regel aufgestellt hätte. Ferner zeigt das vorgesetzte **ET** deutlich an, daß unsere Worte kein selbstständiges Edict bilden, sondern mit einem anderen im Zusammenhange stehen.

Fragen wir nun, zu welchem Vordersatze sie den Nachsatz bilden mögen, so spricht eine bedeutende Wahrscheinlichkeit dafür, sie mit dem, in der vorhergehenden **L. 2. §. 1. ibid.** enthaltenen, Edicte über denjenigen in Verbindung zu setzen, welcher sich der Cautio Judicio sisti nicht gestellt hat. Dieses Edict schließt mit den Worten **iri jubebo**, und unser Nachsatz fügt sich dem sehr passend an. Außerdem spricht der Umstand dafür, daß die zwischen beiden Theilen des Edicts stehenden Bruchstücke der Reihe nach die Frage behandeln, unter welchen Voraussetzungen ein Pupill oder vielmehr dessen Vertreter verbunden sei, ein Judicium zu übernehmen, sobald man sich nur daneben erinnert, daß unser Edict an die Stelle des Ciceronianischen Edictes **Qui absens iudicio defensus non fuerit** getreten ist, letzteres aber auf die Pupillen und Minderjährigen anwendbar war, auch wenn sie kein Vadimonium geleistet hatten (vgl. oben §. 7.). Endlich weist auch das **a fuit** in Verbindung mit dem gleich darauf folgenden **abfuerit** darauf hin. Diese Wendung des Edictes scheint vorauszusetzen, daß sich der **Reipublicae causa absens** zu einer bestimmten Zeit stellen mußte; war dies nicht gemeint, so würde es eher **abest** oder **aberit** heißen [3]).

---

[2]) L. 7. §. 1. D. ibid. 42, 4.

[3]) Man vgl. etwa: L. 35. pr. D. de reb. auct. iud. 42, 5: — Eum, qui in possessionem missus est eius, qui reipublicae causa

Nach dem ganzen Zusammenhange ist es also fast gewiß, daß unser Edict nur von solchen Fällen handelt, wo bereits Cautio Judicio sisti geleistet ist, oder auf andere Weise feststeht, daß ein Judicium übernommen werden muß. Aber selbst wenn dies nicht wäre, so würde es doch immer noch willkürlich sein, die Voraussetzung desselben gerade auf unsern Fall, denjenigen der einfachen Absentia, zu stellen. Vielmehr müßten wir, da uns sein ursprünglicher Zusammenhang unbekannt wäre, uns doch wohl einen solchen denken, wonach dieses Bruchstück anderen Stellen nicht geradezu widerspricht.

In Verbindung hiermit steht nun eine Reihe von Fragmenten, welche dazu haben dienen müssen, den hier angefochtenen Satz durch Argumenta a contrario zu beweisen.

Im Allgemeinen darf ich hierbei erinnern, daß es gewiß sehr merkwürdig wäre, wenn die Römer eine so wichtige Regel, wie die unsrige, gar oft per Argumentum a contrario, aber auch nicht ein einziges Mal mit offenen Worten ausgesprochen hätten.

Allein die Hauptsache ist, daß jene Schlußfolgerungen stets auf einer willkürlichen Voraussetzung beruhen.

In

L. 6. §. 2. D. quib. ex causis 42, 4.
L. 35. L. 39. §. 1. D. de reb. auct. iud. 42, 5.
L. 4. C. de rest. mil. 2, 51.
Paull. Rec. Sent. Lib. V. Tit. 5. b. §. 2.

---

abfuit, si apparuerit, eum dolo malo reipublicae causa abesse, iure in possessione esse placet, donec solidum solvatur. Eum autem, qui rerum eius, qui sine dolo malo reipublicae causae abfuit, in possessionem missus sit, pignus non contrahere, et ideo discedere oportere de possessione.

wird wiederholt, daß die Güter des **reipublicae causa absens** oder des ihm gleichgeachteten **ab hostibus captus** nicht verkauft werden dürfen. Hieraus folgt nun freilich, daß die Güter anderer Leute verkäuflich sind. Aber keine von jenen Stellen sagt das Geringste davon, daß es sich um solche Fälle handle, in denen der Klaganspruch wider den Abwesenden überhaupt erst erhoben werden soll; und dies müßte ja nothwendig gesagt sein, wollte man durch die umgekehrte Schlußfolgerung den Satz gewinnen, auf welchen es ankommt. Vielmehr erweisen die Stellen theils — wie die erste und zweite — durch ihre Fassung darauf hin, daß die Absentia eintrat, nachdem bereits Cautio Judicio sisti geleistet war; auch haben wir um so weniger Grund, diese Voraussetzung auszuschließen, da die Vadimonia sehr allgemein auf lange Zeit hinaus abgeschlossen wurden, und eine Gefangenschaft oder Abwesenheit im öffentlichen Dienste sehr gewöhnlich die Folge haben mußte, daß das eine oder andere von ihnen verfiel [4]). Theils fassen sie — wie die dritte und vierte Stelle — den Satz als allgemeine Regel, z. B. Paulus a. a. O.:

> „**Eius, qui ab hostibus captus est, bona venire non possunt, quamdiu revertatur;**"

eine richtige Interpretation wird aber auch hier davon ausgehen, daß die Erfordernisse, welche der Regel nach zur Bonorum Venditio gehören, selbstverständlich als vorhanden gedacht werden, z. B. daß bereits eine Confessio oder Res Judicata vorlag, oder daß ein Vadimonium verfallen war.

Dasselbe gilt rücksichtlich des bereits S. 9 Note 3 ab=

---

4) Vgl. auch L. 4. §§. 1 et 3. L. 6 et L. 7. D. si quis cautionib. iud. sist. c. f. 2, 11. L. ult. D. de R. J. 50, 17.

gedruckten Satzes der Tabula Heracleensis. Insofern dieselbe aber neben dem **reipublicae causa absens** auch den Pupillen erwähnt, steht es mit ihr nicht anders, als mit den sonstigen Beweisstellen, welche lehren, daß die Bonorum Venditio nicht eintrete, wenn der Beklagte Pupill

L. 33. pr. L. 39. pr. D. de reb. auct. iud. 42, 5.
L. 2—5, L. 10. D. ex quib. causis 42, 4.
Paull. Rec. Sent. Lib. V. Tit. 56. §. 2.

oder Furiosus

L. 7. §. 9—12. D. ex quib. causis 42, 4.

sei; oder daß sie gegen den Minor stattfinde, falls dessen Curatoren die Proceßführung nicht übernehmen.

L. 5. D. de reb. auct. iud. 42, 5.

Diese Stellen würden per Argumentum a contrario von Erheblichkeit sein, wenn eine einzige von ihnen sagte, daß jene Personen zu der Zeit, wo die Klage erhoben werden sollte, abwesend waren; aber sie thun dies so wenig, daß sie vielmehr umgekehrt der Reihe nach andeuten, jene Personen, bezüglich deren Vertreter, seien als gegenwärtig zu denken [5]). Sie sprechen also abermals von einem ganz andern Falle, als derjenige ist, mit welchem wir uns beschäftigen [6]).

Ferner wird angeführt:

L. 13. D. quib. ex causis 42, 4. Papinianus [libro XIV. Responsorum]. — Ad cognitionem Imperatorum a praeside provinciae remissus, etsi in caeteris litibus Romae defendere

---

5) In der zuletzt citirten L. 5. liegt dies in dem Zusatze „etsi non latitet", denn die Latitatio setzt voraus, daß der Latitirende von der beabsichtigten Klage unterrichtet ist. Vgl. §. 13. Note 1.

6) Vgl. übrigens die §§. 7 u. 14.

se non cogitur, tamen in provincia defendendus est. Nam et exilio temporario puniti, si defensor non existat, bona veneunt.

Ich gebe zu, daß diese Stelle von demselben Falle handelt, wie der unsrige ist. Allein ich halte den Schluß nicht für richtig, daß die Bonorum Venditio, welche hier gegen einen unfreiwilliger Weise Abwesenden gestattet wird, um so vielmehr gegen alle freiwillig Abwesenden eingetreten sei. Nach dieser Auslegung müßte die ganze Stelle dadurch veranlaßt sein, daß man die Absentia unter jenen besonderen Umständen für eine entschuldigte hätte ausgeben wollen, und Papinian nun diese Entschuldigung beseitigte [7]). Allein die Worte selbst enthalten nicht die geringste hierauf bezügliche Andeutung, und der Nachsatz paßt sogar sehr wenig dazu. Denn falls Papinian eine derartige Einwendung hätte beseitigen wollen, so bestand der nächste und hauptsächliche Entscheidungsgrund darin, daß die Bonorum Venditio die ganz allgemeine Regel wider alle Abwesenden bilde. Diesen Entscheidungsgrund mußte er vor allen Dingen nennen, und konnte sodann vielleicht unterstützend hinzufügen, daß die Unfreiwilligkeit der Absentia hierwider um so weniger in Betracht komme, als dieselbe sogar beim Exilirten unberücksichtigt bleibe. Aber es wäre eine mindestens gezwungene Art der Argumentation, nur dieses letztere Motiv anzuführen, und dagegen das eigentliche Fundament, auf welchem die ganze Entscheidung beruht, ohne jeglichen Grund zu verschweigen, oder — was damit auf Eins hinauskommt — stillschweigend vorauszusetzen.

Vielmehr galt nach Analogie des Ciceronianischen Edic-

---

7) So wird die Stelle von Keller interpretirt l. c. pag. 46. not. 4.

tes Qui exilii caussa solum verterit noch zu Papinians Zeit der Satz, daß der mit temporärem Exil Bestrafte der Bonorum Venditio unterliege, wenn er keinen Vertheidiger finde; und jener Satz wird von Papinian auf diejenigen angewandt, welche vom Präses Provinciä nicht sofort ins Exil, sondern zum Imperator geschickt sind, um von diesem ihre Strafe zu empfangen. So ist meines Erachtens der einfache und auf keine willkürliche Voraussetzungen basirte Wortsinn der Stelle; und bleiben wir bei demselben stehen, so erhält sie ein erhebliches Argument für uns. Denn wenn Papinian es für nöthig hält, die Bonorum Venditio gegen diejenigen, qui ad cognitionem Imperatorum remittuntur, durch die Berufung auf die exilio temporario puniti zu rechtfertigen, so folgt von selbst, daß gegen andere Personen, welche aus ihrer Provinz abwesend waren, der Regel nach keine Bonorum Venditio eintrat.

Endlich würde noch

> L. 1. D. de neg. gest 3, 5. Ulpianus [libro X. ad Edictum] — Hoc Edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem, aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.

insofern zu erwähnen sein, als diese Stelle sehr häufig angeführt wird, um die Idee plausibler zu machen, daß die Möglichkeit der Defension bei den Römern für eine hinlängliche Ausgleichung der Härte gegolten habe, welche man der Bonorum Venditio gegen alle Abwesende nicht abzusprechen wagte. Einen eigentlichen Beweis soll sie indessen schwerlich enthalten; und jedenfalls würde sie für diesen Zweck völlig untauglich sein. Denn über die Voraussetzungen,

unter denen die verschiedenen aufgezählten Nachtheile gegen den Indefensus eintreten können, soll offenbar nichts bestimmt werden; auch deutet die Trennung, welche die Possessio und Venditio durch das dazwischengesetzte aut erleiden, überdies darauf hin, daß jene Voraussetzungen rücksichtlich der eben erwähnten beiden Nachtheile nicht dieselben waren, indem Ulpian sonst wohl die leichtere Verbindung durch ein angehängtes que oder ve würde vorgezogen haben. Hiervon abgesehen, bedarf es aber der Auseinandersetzung nicht, daß die magna utilitas, von welcher Ulpian redet, obgleich wir derselben in Betreff der Venditio einen Theil ihres bisherigen Terrains entzogen haben, immer noch ein sehr weites Feld der Anwendung behalten wird.

Zweiter Abschnitt.

Die Latitatio und das Vadimonium desertum.

§. 13.

Wenn der künftige Beklagte gegenwärtig ist und weiß, daß eine Klage gegen ihn erhoben werden soll, sich aber in betrüglicher Absicht verbirgt, um der Ladung zu entgehen, so heißt es von ihm, daß er latitire. Einerlei ist es hierbei, an welchem Orte er sich versteckt hält, insbesondere ob er innerhalb des Gerichtssprengels verbleibt, oder denselben zu jenem Zwecke verläßt [1]).

Für diesen Fall ist es nun unbestritten, daß der Kläger sich durch Possessio und Venditio Bonorum zu seinem Rechte verhelfen durfte [2]).

Dieselbe Befugniß stand ihm zu, wenn der Beklagte bereits geladen war und in Folge der Ladung Vadimonium

---

1) L. 7. §. 13. D. quibus ex causis 42, 4. — Et hodie hoc iure utimur, ut sive quis eodem loci agat, sive alio, sive peregre agat, si tamen occursum creditorum evitet, latitare videatur. — L. 36. D. de reb. auct. iud. 42, 5.

2) L. 7. §. 1 sqq. D. quibus ex causis 42, 4.

geleistet hatte, um sich an einem bestimmten Tage zur gerichtlichen Verhandlung zu stellen, aber ungeachtet seines Versprechens ausblieb [3]. Auch konnte der Kläger in diesem letzteren Falle die etwa verabredete Strafe (poena desertionis) von dem Beklagten, oder von dessen Bürgen einklagen [4].

Einer genaueren Untersuchung bedarf hierbei jedoch die sehr bestrittene Frage, ob das Vadimonium desertum, neben den eben erwähnten Nachtheilen, auch noch die Folge mit sich führte, daß die Sache selbst ohne Weiteres für den Beklagten verloren war? Die Erörterung derselben wird zugleich ergeben, ob und welche Nachtheile das Ausbleiben des Klägers für ihn zur Folge gehabt habe?

Rücksichtlich der Beantwortung dieser beiden Fragen hängt nämlich Alles ab von der Interpretation zweier vielbesprochener classischen Stellen. Horaz erzählt von dem Schwätzer, welcher am Ende derselben Satyre durch seinen Gegner in Jus vocirt wird,

Horat. Satir. Lib. I, 9. v. 35:

Ventum erat ad Vestae quarta iam parte diei
Praeterita, et casu tunc respondere vadato
Debebat, quod ni fecisset, perdere litem;

und bei Sueton heißt es über den Kaiser Caligula:

Sueton. Calig. Cap. XXXIX:

In Gallia quoque, cum damnatarum sororum ornamenta et supellectilem et servos atque etiam liberos immensis pretiis vendidisset, invita-

---

3) L. 2. pr. et L. 6. §. 1. D. quibus ex causis 42, 4. — Cic. pro Quinctio.

4) Gai. Comm. IV. 186. — L. 2 — 4. D. qui satisdare cog. 2, 8; Tit. Dig. si quis cautionibus etc. 2, 11.

tus lucro, quidquid instrumenti veteris aulae erat, ab Urbe repetiit, comprehensis ad deportandum meritoriis quoque vehiculis, et pistrinensibus iumentis: adeo ut et panis Romae saepe deficeret, et litigatorum plerique, quod occurrere absentes ad vadimonium non possent, causa caderent.

Zunächst giebt es freilich wieder zwei Wege, um unsern Stellen jeden Einfluß auf die Streitfragen abzusprechen, welche lediglich durch sie selbst veranlaßt worden sind.

Der erste ist von Zenger [5]) eingeschlagen worden. Hiernach soll bei Sueton, welcher unter den litigatores nur die Kläger verstehe, der Proceßverlust in Folge einer inzwischen eingetretenen Klagverjährung, oder einer inzwischen von dem Beklagten vollendeten Ersitzung stattfinden, aber mit dem Vadimonium desertum nichts zu schaffen haben; die Verbindung der Worte Causa cadere mit dem Vadimonium, heißt es, sei vielmehr blos zufällig. Dasselbe scheint dann auch rücksichtlich des Horaz, welcher den Beklagten im Sinne habe, gelten zu sollen, indessen wird diese Meinung bei der letztern Stelle nicht mit gleicher Bestimmtheit ausgesprochen. Obwohl ich nun im Uebrigen die Tüchtigkeit der Ausführung nicht verkennen will, so scheint es mir doch überflüssig zu sein, das Resultat derselben weitläuftig zu widerlegen. Es ist nicht allein willkürlich, sich dergleichen abgelegene Ursachen des Proceßverlustes in die Stellen hineinzudenken, sondern dieselben widersprechen einer solchen Auslegung geradezu, indem sie den Proceßverlust wörtlich als die Folge des Vadimonium desertum erscheinen lassen.

Nicht so rasch würden wir mit dem zweiten Wege fertig

---

5) Ueber das Vadimonium der Römer. Landshut 1826. S. 61—70.

werden. Derselbe besteht darin, daß man unsere Stellen nicht auf ein Vadimonium bezieht, welches vor der Litiscontestation, sondern auf ein solches, welches nach derselben abgeschlossen wäre. Die herrschende Ansicht muß dies zwar für unzulässig erklären, denn nach derselben wurde das Vadimonium ausschließlich angewandt, um die Stellung des Beklagten in Jure und also vor der Litiscontestation zu sichern; auch würde der von Tigerström[6]) hiergegen erhobene Einspruch, wonach sich das Vadimonium auf das Judicium bezogen haben soll, für uns unerheblich sein, da er die Litiscontestation ebenfalls in das Judicium, und hinter das Vadimonium setzt. Neuerdings ist indessen auch von Rudorff[7]) die gewöhnliche Ansicht bestritten, und eine Hauptanwendung des Vadimonium darin gefunden worden, daß es die Stellung vor dem Judex gesichert habe. Verbindet man nun hiermit die, von diesem letztern Schriftsteller anerkannte[8]) und durchaus herrschende Meinung, daß die Litiscontestation in Jure geschehen sei, so würden sich unsere beiden Stellen auch auf das Verfahren nach der Litiscontestation deuten lassen.

Rudorff stützt aber seinen Widerspruch auf ein Argument, welches jedenfalls zu einer neuen Untersuchung der Frage auffordert; nämlich darauf, daß die Beweisstelle, welche die herrschende Ansicht für sich anzuführen pflegte,

---

6) De iudicibus apud Romanos. Berol. 1826. §. 5. vgl. mit §. 9; und Innere Geschichte des Röm. Rechts. Berlin 1838. §. 55. vgl. mit §. 57.

7) Anmerk. zu Puchta's Instit. Bd II. §. 160. Note l.

8) Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen und preuß. Civilproceß. §. 51.

gar nicht existirt. Eine ausführlichere Begründung [9]) ist leider nicht von ihm hinzugefügt worden; bei dem Interesse, welches die Frage für uns hat, konnte ich daher nicht umhin, meinerseits eine genauere Erörterung zu unternehmen. Dieselbe ist, um den Zusammenhang nicht zu sehr zu unterbrechen, in einen Anhang verwiesen worden [10]); und ich darf also hier sogleich bei dem Resultate fortfahren, mit welchem jener Anhang schließt.

Danach ist mir die Rudorff'sche Ansicht so zweifelhaft erschienen, daß ich meines Theils vorziehe, bei der herrschenden stehen zu bleiben. Wer das Gegentheil für richtiger hält, würde darin übrigens nur einen Grund mehr finden können, der Meinung beizutreten, welche ich im Folgenden rücksichtlich des Beklagten vertheidigt habe. Und eben hierauf kommt es mir, im Hinblick auf das Ganze, vornehmlich an; eine abweichende Ansicht rücksichtlich des Klägers würde von weniger bedeutenden Folgen sein.

Setzen wir also voraus, es ist in unsern beiden Stellen von dem Verfahren in Jure die Rede, so fragt es sich nun, ob für beide Theile, oder nur für den Kläger der Proceßverlust eintreten soll?

Die erste Meinung, welche beide Parteien gleich behandelt, scheint auf den ersten Blick die consequentere zu sein, und sie hat auch zahlreiche Anhänger gefunden [11]).

Die einzige Analogie des ältern Rechts, welche sich für

---

9) Die Anmerkung Rudorffs beschränkt sich auf wenige Zeilen.

10) Vgl. den ersten Anhang № II.

11) Wegen der ältern Literatur vgl. Glück, Opuscula iuridica, Erlangae 1786. Fasc. II. pag. 367; unter den Neueren Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 278 vgl. mit S. 287. Note 37. Rein, Röm. Privatrecht. S. 497.

dieselbe anführen ließe, wäre jedoch wohl der Satz der zwölf Tafeln:

Ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conscito, quum perorant ambo praesentes. Post meridiem praesenti litem addicito. Sol occasus suprema tempestas esto[12]); das bloße Ausbleiben soll hier den Proceßverlust mit sich führen. Allein diese Vorschrift ist nach der Ansicht, welche ich für richtig halte, nur auf das Verfahren vor dem Judex zu beziehen[13]); glaubt man sie indessen daneben auch auf den Magistrat deuten zu dürfen[14]), so würde die dadurch gewonnene schwache Analogie immer noch sehr weit von den Gegengründen überwogen werden.

Um zunächst jener möglichen Analogie eine wirkliche gegenüber zu stellen, so ist es bekannt, daß die Cautio Judicio sisti der Pandekten in allen wesentlichen Punkten dem Vadimonium entspricht[15]). Bei der Cautio Judicio sisti ist nun aber nicht daran zu denken, daß die Versäumniß derselben den Proceßverlust zur Folge hätte; und unter den vielen Stellen, die das Gegentheil lehren, befindet sich Eine, welche höchst wahrscheinlich vom Vadimonium handelte und nur in Folge einer Interpolation die Cautio Judicio sisti nennt[16]).

In der That steht denn auch die ganze Einrichtung des Vadimonium mit der Ansicht in Widerspruch, daß der Verfall desselben den Verlust des Processes für den Beklagten

---

12) Auct. ad Herennium II, 13. — Gellius Noct. Att. XVII, 2. — Varro de L. L. VII, 51.

13) Vgl. z. B. Wetzell, Vindicationsproceß S. 54 ff.

14) Vgl. Puchta, Instit. II. §. 168.

15) Vgl. auch den ersten Anhang № II.

16) L. 10. §. 2. D. si quis cautionib. etc. 2, 11.

mit sich geführt habe. Denn es wurde neben der Verabredung, sich zu stellen, eine Geldstrafe versprochen, welche das Interesse des Klägers sichern sollte, wenn der Beklagte ausblieb [17]; hätte nun aber in diesem letztern Falle der Kläger ohne Weiteres den Proceß gewonnen, so würde seinem möglichen Interesse hierdurch bereits auf das Vollständigste genügt sein. Die Geldstrafe könnte höchstens noch insofern ein Interesse des Klägers wahren, als er dieselbe von den Bürgen eingefordert hätte, weil ihm die Execution wider die Person des Beklagten vereitelt sei; indessen theils wurden gar nicht allemal Bürgen gegeben, theils wurde die Strafe von dem Beklagten selbst, welcher sich späterhin stellte, ebensowohl eingeklagt [18]. Und nicht minder unbegreiflich würde es erscheinen, weshalb dem Kläger durch ein besonderes Edict die Befugniß gegeben wurde, im Falle des Vadimonium desertum zur Possessio und Venditio Bonorum zu schreiten. Denn es hätte ja nunmehr die Execution eintreten müssen; und die Vorschriften, welche über letztere galten, würden auch für diesen Fall vollkommen ausgereicht haben. Statt jenes weitläuftigen Edictes müßten wir mithin irgendwo die einfache Bemerkung finden, daß das Vadimonium desertum dem „**rebusque iure iudicatis**" der zwölf Tafeln gleichgestellt sei.

Dazu kommt endlich noch, daß unsere hauptsächliche Quelle über das Vadimonium, Cicero pro Quinctio, durch die fragliche Auslegung jener beiden Nebenstellen schlechthin unverständlich gemacht würde. Denn wenn Nävius in Folge des verlassenen Vadimoniums seinen Proceß bereits gewonnen

---

17) Gai. Comm. IV. §. 185 sqq. — Vgl. §. 14. Note 10.

18) Vgl. Seneca de Beneficiis IV. c. 39. — Valerius Maximus IV. c. 4.

hatte, so brauchte er nach dem Erscheinen des Quinctius die ursprüngliche Klage doch nicht erst anzustellen und dabei jene Cautio Judicatum solvi zu verlangen, über welche sich das ganze Präjudicium entspann? Oder wie könnte es Cicero gar als die allgemeine Sitte schildern, daß man erst multis vadimoniis desertis zur Missio in Bona seine Zuflucht nehme [19])! Sollen denn die Kläger regelmäßiger Weise so gütig gewesen sein, nachdem die Sache in Folge des ersten Vadimonium desertum bereits gewonnen war, ihren Gegnern ohne Weiteres Restitution zu ertheilen?

Genug, die Behauptung, daß der Beklagte in Folge des Vadimonium desertum den Proceß verloren habe, ist mit allen sonstigen Nachrichten über dasselbe absolut unvereinbar. Es kann daher meines Erachtens keinem Zweifel unterliegen, sie als irrig zu verwerfen.

Hiernach bleibt nur der Ausweg übrig, unsere Stellen lediglich auf die Kläger zu beziehen [20]).

In der Nachricht des Suetonius steht dem auch nichts entgegen; ja der Ausdruck causa cadere enthält insofern einen Beweis dafür, als wir denselben durchaus regelmäßiger Weise nur bei dem Kläger angewandt finden. Die bloße Möglichkeit, ihn auch vom Beklagten zu gebrauchen, soll damit freilich nicht geleugnet werden [21]).

---

[19]) Cap. XVI. Vgl. unten Note 23.

[20]) Vgl. hierfür unter den ältern Schriftstellern namentlich Raevardus, Protribunalia cap. IX. und Voorda, Dissertatio de Vadimonio. Trajecti ad Rhen. 1751. cap. IV. §. 2. — Ferner Zimmern a. a. O. §. 115; und, wie es scheint, auch Heffter a. a. O. §. 321, vgl. mit §. 323. Note 252.

[21]) Beweisstellen siehe bei Brissonius sub voce Cadere. — Voorda l. c. — Zenger a. a. O. S. 63.

Schwieriger scheint auf den ersten Blick die Stelle des Horaz zu sein, aber in Wahrheit möchte sie diesen Sinn ebenfalls zulassen. Denn der Ausdruck Vadatus kommt sowohl in passiver als in activer Bedeutung vor; schon Acron bemerkt zu unserer Stelle, daß man dieselbe so gut in dem einen, wie in dem andern Sinne verstehen könne [22]), und die neueren Philologen nehmen eben so wenig Anstoß an dieser Auslegung [23]). Bei dem respondere ist man freilich gewohnt, vorzugsweise an den Beklagten zu denken, der dem Kläger antwortet; während in unserem Falle umgekehrt der Kläger dem von ihm vadirten Beklagten antworten müßte. Indessen finde ich es gar nicht so frostig [24]), sondern nur natürlich, daß der Vadirte vor Gericht zuerst nach der eigentlichen Ursache der Vocatio fragt, welche ihm vorher nicht genannt zu werden brauchte [25]), und der Kläger nun mittelst der Edition der Klage hierauf antwortet [26]). End-

22) Acron ad h. l.: „Vadato] In iudicio, quia vadatus eum fuerat, vel quia eum vadio obligaverat. Participium est ab eo, quod est vador vadaris, et est verbum commune; i. e. voco te et vocor a te ad iudicium. Respondere ergo debebat ei a quo vocatus est ad iudicium aut ei quem ipse vocasset.

23) Vgl. namentlich Heindorf: Des Q. Horatius Flaccus Satiren. Breslau 1815. S. 192 u. 193.

24) Zenger a. a. O. S. 69. Note r.

25) Plautus Persa Act. IV. Sc. 9. v. 8 et 9: Sa. Age ambula in ius leno. Do. Quid me in ius vocas? Sa. Illic apud Praetorem dicam, sed ego in ius voco. — Plautus Rudens Act. III. Sc 6. v. 28: Pl. In iure causam dicito, hic verbum sat est: Sequere.

26) Man pflegt hierfür zu allegiren: Plautus Curc. Act. I. Sc. I. v. 5: Ubi tu es, qui me convadatus Veneriis vadimoniis?
Ubi tu es, qui me libello Venerio citavisti?
Sisto ego tibi me etc. etc.

lich hat man auch darauf großes Gewicht gelegt, daß ja doch der Schwätzer am Ende der Satire in Jus vocirt werde, und also der Beklagte sein müsse 27), allein dieser Umstand entscheidet ebenfalls nichts; denn wenn sein Gegner der Beklagte war, ihn vorbeigehen sah, und nun seinerseits keine Lust hatte, länger zu warten, so liegt kein Grund vor, weshalb er nicht ebensowohl hätte vociren und die Aufhebung des Vadimonium verlangen sollen.

Aber selbst wenn die obige Auslegung unhaltbar wäre, so würde die Stelle des Horaz doch immer noch eher einen Beweis gegen die Ansicht bilden, daß die Desertion des Vadimonium allemal, und für beide Theile, den Verlust der Sache mit sich gebracht habe, als einen Beweis für dieselbe. Es ist nämlich schon von Heindorf mit Recht bemerkt worden, daß ein so eleganter Schriftsteller, wie Horaz, die Worte „aut perdere litem" nicht hinzufügen konnte, wenn der Proceßverlust, wie dies nach der gegentheiligen Meinung sein würde, sich allemal von selbst verstanden hätte; sondern indem der Dichter jenen Zusatz für nöthig hält, so deutet er an, daß es sich um einen besondern Fall handele, in welchem eine ausnahmsweise strenge Folge eintrete. Heindorf stellt ebendeshalb die Vermuthung auf, es sei eine besondere hierauf gerichtete Verabredung gemeint; indessen hat es wohl wenig Wahrscheinlichkeit, daß die Parteien sich ohne alle Noth zu einem solchen Vertrage entschlossen hätten, vielmehr möchte es natürlicher sein, entwe-

---

und die Stelle mag, wenn man die scherzhafte Anwendung hinwegdenkt, immerhin einen Anklang an das wirkliche Verfahren enthalten.

27) z. B. van Hees, Diss. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant. Lugd. Bat. 1747. §. 49.

der an das Ausbleiben des Klägers, oder — wenn man die oben erwähnte Rudorff'sche Ansicht für richtig hält — auch an dasjenige des Beklagten, aber nach der Litiscontestation, zu denken.

Für die hier vertheidigte Meinung läßt sich übrigens noch unterstützend anführen, daß die römischen Juristen, wenn der Kläger beim Contumacialverfahren nicht erschien, zweifelhaft darüber waren, ob er die ganze Sache, oder nur die Instanz verliere? Es wird entschieden, daß ihm nur die Instanz verloren gehe [28]), und diese Entscheidung steht unserer Ansicht nicht entgegen, da ja vorausgesetzt wird, daß der Beklagte bereits vorher ausgeblieben war und dadurch das peremtorische Edict nöthig gemacht hatte. Dagegen scheint die Erhebung jenes Zweifels darauf hinzuweisen, daß in andern Fällen der Verlust der Sache eintrat. Sodann spricht auch die Analogie der Litisdenuntiation dafür, indem bei dieser Proceßeinleitung ebenfalls nur der Kläger, nicht aber der Beklagte den Proceß verliert, wenn er den Termin nicht innehält [29]).

Wenn man endlich nach einem Grunde fragt, weshalb der Kläger so hart behandelt werde [30]), so sind wir hier freilich, bei dem Mangel aller Nachrichten, auf Conjecturen verwiesen. Indessen scheint mir die Sache wenigstens nicht unerklärlich zu sein, wenn man bedenkt, daß sowohl in Rom, als in den Provinzen nur zu gewissen Zeiten Gericht gehalten wurde, und die einzelnen Sachen wieder in einer bestimmten Reihenfolge vorkamen [31]). War der Kläger

---

28) L. 73. §. 1 et 2. D. de iudiciis 5, 1.

29) Vgl. Zimmern a. a. O. §. 143.

30) Heffter a. a. O. §. 323. Note 252.

31) Vgl. auch unten §. 24.

nicht zugegen, wenn seine Sache verhandelt werden sollte, so ging man zur nächsten über [32]). Den Beklagten nöthigen, sich nun noch einmal für die folgende Gerichtszeit zu stellen, würde nicht ohne Härte gewesen sein, zumal er sehr häufig von weither an den Ort des Conventus, oder nach Rom hatte kommen müssen [33]). Dagegen bot dem Kläger, falls der Beklagte ausblieb, die Bonorum Venditio eine hinreichende Sicherheit dar.

---

32) Hierauf läßt sich auch das „causa cadere" bei Sueton deuten: es würde sodann dem „temporibus excidere" der spätern Zeit (Symmachus Epist. X, 59. 52.) analog sein.

33) Vgl. namentlich L. 1 et 2. D. si quis caut. 2, 11.

Dritter Abschnitt.

Die Wirkung der Bonorum Venditio.

§. 14.

Es scheint eine seit lange gewöhnliche Vorstellung zu sein, daß der Proceß in Folge des Güterverkaufes definitiv beendigt, und für den Beklagten verloren gewesen sei [1]. Nun will ich nicht über die Richtigkeit dieser Ansicht streiten, sofern es sich um eine Bonorum Venditio zum Zwecke der Execution eines Urtheils, oder um das Concursverfahren der spätern Zeit handelt. Diese Anwendungen der Bonorum Venditio interessiren uns an und für sich nicht, während es doch willkürlich sein würde, aus ihnen ohne Weiteres auf die im vorigen Abschnitte erwähnten Fälle schließen zu wol-

---

[1]) Vgl. z. B. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 282. — Die nämliche Idee zeigt sich in der Regel, wonach ein jeder Indefensus pro damnato gegolten haben soll, z. B. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 278, 280, 314. — Puchta a. a. O. §. 160. — Wetzell a. a. O. S. 57. Note 2.

len [2]). Rücksichtlich dieser letzteren glaube ich aber jener Vorstellung entgegentreten zu müssen.

Vergegenwärtigen wir uns nämlich das Verfahren, welches der Bonorum Venditio vorherging, so unterliegt es wohl keinem Bedenken, in dieser Beziehung die Latitatio dem Vadimonium desertum gleichzustellen. Für den letzteren Fall wissen wir nun aber aus Cicero, daß eine Causä Cognitio der Missio in Bona nicht vorherging, sondern der Prätor gestattete dieselbe unter der allgemeinen Voraussetzung, daß sie dem Edicte gemäß sein werde.

Cicero pro P. Quinctio Cap. XIX. §. 60: Quo tempore existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi aut quomodo? Tum, quum postulabas, ut bona possideres? Nemo adfuit. Neque enim quisquam divinare poterat, te postulaturum: neque quemquam attinebat id recusare, quod Praetor non fieri, sed ex Edicto suo fieri iubebat.

Dasselbe bezeugen einige andere Stellen, indem sie von unrechtmäßigen Proscriptionen als von etwas Gewöhnlichem reden. Denn einer solchen Auffassung der Sache würden wir gewiß nicht begegnen, wenn die Missio nur nach vor=

---

2) Wie wenig wir hierzu berechtigt sind, zeigt wohl zur Genüge der Umstand, daß es unter den römischen Juristen sehr bestritten war, ob ein Gläubiger, der die Güter seines Schuldners wegen Latitatio verkaufte, andere Creditoren, gegen die der Schuldner nicht latitirt hatte, nur einmal zu der ertheilten Missio zuzulassen brauchte, oder vielmehr das gesammte Vermögen, gleichsam als eine Strafe (vgl. auch L. 19. D. de in ius vocando 2, 4.) für sich allein behalten dürfe. L. 7. §. 7 et 13 in f. D. quib. ex causis 42, 4. Noch Justinian erwähnt diese Controverse und entscheidet sie zu Gunsten der Gläubiger. L. 10. pr. C. de bonis auct. iud. 7, 72.

gängiger gehöriger Causä Cognitio ertheilt worden wäre. So erwähnt Gajus der widerrechtlichen Proscriptio als eines häufig vorkommenden Beispiels einer Injurie:

Gai. Comment. III. §. 220: Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno pulsatus, aut fuste percussus, vel etiam verberatus erit, sed et si cui convicium factum fuerit, sive quis bona alicuius quasi debitoris, sciens eum ipse nihil debere sibi, proscripserit, sive quis ad infamiam alicuius libellum vel carmen scripserit, sive quis matremfamilias aut praetextatum adsectatus fuerit etc. [3]).

ferner heißt es bei Paulus:

> L. 12. pr. D. de reb. auct. iud. 42, 5. Paulus [libro LIX. ad Edictum.] — Quum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti — commodius dicitur — in rem permissum videri — et ideo ceteris quoque prodest. Plane si is postulaverit, qui creditor non est, minime dicendum est, vel eum, qui creditor est, possidere posse, quia nihil egit talis postulatio.

und bei Ulpian:

> L. 1. §. 5. D. ne vis fiat ei etc. 43, 4. Ulpianus libro LXXII. ad Edictum. — Haec verba, quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit, continent utilitatem creditoris, ut, quantum eius interest possessionem habere, tantum ei, qui prohibuit, condemnetur. Proinde si ob falsum creditum, vel ob falsam petitionem missus est in posses-

---

3) Vgl. §. 1. Inst. de injuriis 4, 4.

sionem, vel si exceptione summoveri potuit, nihil ei debet prodesse hoc Edictum, quia propter nullam causam missus est in possessionem.

Die vorläufige Missio entschied mithin rücksichtlich der Sache selbst gar nichts, sondern wenn sich der Abwesende stellte oder ein Defensor für ihn auftrat, so konnte noch immer darüber processirt werden, ob die Angaben, durch welche der Kläger die Missio erlangt hatte, gegründet oder ungegründet seien. Das Beispiel des Quinctius läßt hierüber keinen Zweifel.

War nun die Possessio und Proscriptio von Seiten des Klägers dreißig Tage lang ausgeübt, so erfolgte der Verkauf; aber wenn man auch mit mir annimmt, daß demselben ein besonderer Befehl des Prätors vorhergegangen sei, so findet sich doch wieder nicht die mindeste Spur, daß der Prätor wenigstens vor dem wirklichen Verkaufe eine Untersuchung des eigentlichen Streithandels vorgenommen hätte. Die Analogie des Verfahrens, welches bei Ertheilung der Missio stattfand, macht aber eine solche Annahme in hohem Grade unwahrscheinlich; und wenn eine Causä Cognitio vorherging, so wird sich dieselbe auf die Untersuchung beschränkt haben, ob dreißig Tage lang gehörig proscribirt worden sei [4]).

Das Verkaufsverfahren dauerte nun wieder dreißig Tage; kam der Abwesende während derselben, oder trat ein Vertheidiger auf, so soll es noch immer sistirt worden sein [5]).

---

4) Die herrschende Meinung stimmt hiermit überein. Cujacius, Obs. X, 31. – Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 280. Note 6* – Hauptsächlich Keller l. c. p. 79 - 93.

5) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 282 vor Note 16.

Aber setzen wir einmal den andern Fall, er kam nicht, und das Vermögen wurde dem Käufer desselben zugeschlagen; warum soll der Beklagte denn jetzt die Befugniß verloren haben, späterhin das ganze Verfahren anzufechten? Es war ja nach dem Zuschlage noch eben so ungewiß, wie vor demselben, ob der Gläubiger zu seiner Handlungsweise befugt gewesen sei, oder nicht; und so gut Quinctius, als er nach stattgefundener Proscriptio erschien, ein Präjudicium über die Rechtmäßigkeit derselben erlangte, eben so gut mußte er es erlangen, wenn Nävius die Güter schon wirklich verkauft gehabt hätte.

Das Einzige, was sich hiergegen anführen ließe, wäre etwa der Gesichtspunct, nach welchem der Verkauf gleichsam als eine Strafe dafür erscheint, daß sich während der ganzen sechszig Tage Niemand des Abwesenden angenommen hatte und als Defensor aufgetreten war. Diese Auffassung der Sache ist jedoch lediglich um deswillen urgirt worden, weil man die Statthaftigkeit der Venditio im Falle der einfachen Abwesenheit des Beklagten dadurch zu rechtfertigen dachte. Nachdem die letztere Annahme widerlegt ist, würde es überflüssig sein, die Erklärung derselben besonders zu bekämpfen, und positive Quellenzeugnisse, aus denen man jene Auffassung ableiten könnte, sind nicht vorhanden.

Was sich hiernach aus der Natur der ganzen Einrichtung mit Nothwendigkeit ergiebt, finden wir durch ein paar unzweideutige Stellen bestätigt:

> **L. 7. §. 3. D. quibus ex causis etc. 42, 4. Ulpianus [libro LIX. ad Edictum.] — Si quis possederit bona alicuius quasi latitantis, qui non latitabat, et vendiderit, consequens erit dicere, venditionem bonorum secutam nullius momenti esse.**

L. 30. D. de reb. auct. iud. 42, 5. Papirius Iustus [libro I. de Constitutionibus.] — Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt, eos, qui bona sua negant iure veniisse, praeiudicio experiri debere, et frustra Principem (Vulg. a Principe) desiderare rescindi venditionem.

Die erste Stelle spricht unseren Satz nur für den Fall der Latitatio, die zweite aber ganz allgemein für den Fall der bereits erfolgten Bonorum Venditio aus. Sie schlägt deshalb, weil eine solche von Rechtswegen für nichtig erklärt werden kann, die an den Princeps gerichtete Bitte ab, welche auf eine außerordentliche Rechtshülfe, etwa eine Restitution, gerichtet war; und das Präjudicium, auf welches sie verweist, wird demjenigen analog gewesen sein, welches wir bereits aus Cicero kennen [6]).

Erinnern wir uns nun einmal der Voraussetzungen, welche für unsere Bonorum Venditiones erforderlich sind, so waren deren im Falle des Vadimonium desertum zwei: der klägerische Anspruch mußte gegründet, und das Vadimonium mußte verlassen sein [7]). Wir haben keine Ursache anzunehmen, daß hierin späterhin eine Aenderung eingetreten sei. Vielmehr läßt sich dafür, daß man fortwährend Beides, also auch, — worauf es hier vornehmlich ankommt, — das wirkliche Vorhandensein des Klageanspruches als Bedingung ansah, zunächst der Ausdruck creditoribus in dem Edicte der L. 6. §. 1. D. quibus ex causis 42, 4. anführen, welches sich wahrscheinlich auf den Fall der versäumten Cautio Judicio sisti bezog [8]). Denn die in diesem Worte enthaltene Vor=

6) Uebereinstimmend äußert sich Keller l. c. pag. 87 oben.

7) Vgl. oben §. 4.

8) Vgl. hierüber oben §. 12.

aussetzung würde bei demjenigen nicht zutreffen, der, wie Ulpian [9]) sagt, ob falsum creditum vel ob falsam petitionem missus est in possessionem. Als ein unterstützendes Moment kommt auch noch das Verhältniß hinzu, in welchem die Cautio Judicio sisti der Pandekten zu dem Hauptanspruche steht. Aus derselben wird auf das Interesse geklagt, welches der Kläger bei der zeitigen Stellung des Beklagten hatte, dieses Interesse hängt aber durchaus von dem Hauptanspruche ab [10]); und wenngleich der Betrag häufig von vornherein festgesetzt [11]) und dadurch die Abschätzung vermieden werden mochte, so zeigt sich doch jene Abhängigkeit der Caution von der Hauptsache noch in manchen andern Puncten. Namentlich kann nichts gefordert werden, wenn der Kläger, obwohl die Strafe bereits committirt ist, den Hauptanspruch nicht fortsetzen will, oder vor der Litiscontestation verstirbt und nun die Erben — etwa bei einer Injurienklage — den Hauptanspruch nicht fortsetzen können [12]); oder wenn der Beklagte einige Tage nach der Verfallzeit erscheint und beweist, daß des Klägers Interesse durch den Verzug um gar nichts beeinträchtigt sei u. s. w. [13]).

Ein ähnliches Verhältniß finden wir bei der Latitatio. Es ist nicht genügend, daß der künftige Beklagte sich verbirgt, um einer Vocation zu entgehen; sondern es wird

---

9) L. 1. §. 5. D. ne vis fiat etc. 43, 4.

10) L. 12. §. 1. D. si quis caut. 2, 11. — L. 2. §. 5. D. qui satisdare cog. 2, 8. — L. 3. pr. D. de eo per quem etc. 2, 10. vgl. mit L. 5. §. 1. D. ne quis eum etc. 2, 7.

11) Gai. Comm. IV. §. 186. III. 224. — L. 3. §. 4. D. de eo per quem etc. 2, 10.

12) L. 10. §. 2. D. si quis caut. 2, 11.

13) L. 8. D. si quis caut. 2, 11. — Vgl. auch L. 5. et L. 12. D. ibid. 2, 11.

außerdem vorausgesetzt, daß er es thut, um den Kläger zu betrügen, und diese letztere Voraussetzung wird von den römischen Juristen als besonders wichtig hervorgehoben.

L. 7. §. 2. D. quibus ex causis 42, 4. Ulpianus [libro LIX. ad Edictum.] — Quum hoc Edictum locum habeat, non sufficit latitare, sed et necesse est fraudationis causa id fieri; neque quod fraudationis causa sine latitatione fit, satis est ad possessionem et venditionem, sed oportet fraudationis causa latitare. — — §. 4. Quid sit autem latitare, videamus. Latitare est non, ut Cicero definit, turpis occultatio sui; potest enim quis latitare non turpi de causa; veluti qui tyranni crudelitatem timet, aut vim hostium, aut domesticas seditiones. §. 5. Sed is, qui fraudationis causa latitat, non tamen propter creditores, etsi haec latitatio creditores fraudet, in ea tamen erit causa, ne hinc possidere bona eius possint, quia non hoc animo latitet, ut fraudentur creditores; animus enim latitantis quaeritur, quo animo latitet, ut fraudet creditores, an alia ex causa etc. [14]).

Damit die Latitatio **fraudationis causa** geschehe, ist nun aber wieder zweierlei erforderlich: eines Theils die Absicht, seine Gläubiger betrügen zu wollen, und hierauf wird, da es am Ersten zweifelhaft sein konnte, in unsern Quellen besonderes Gewicht gelegt; andern Theils ein solches Rechtsverhältniß, wonach der Kläger wirklich etwas zu fordern hat. Denn ohne diesen letzteren Umstand würde ja trotz aller Ab-

---

14) Vgl. auch L. 7. §. 1; 6; 7; 9 D. quib. ex causis 42, 4. — L. 5, L. 36. D. de rebus auct. iud. 42, 5.

sicht des künftigen Beklagten nie eine fraudatio zu Stande kommen. Auch wird die Nothwendigkeit des Vorhandenseins einer Forderung beiläufig anerkannt:

L. 50. pr. D. de peculio 15, 1. Papinianus [libro IX. Quaestionum.] — Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat; in bonorum possessionem eius rei servandae causa mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum, quia non fraudationis causa latitat, qui, si iudicium acciperet, absolvi deberet. Nec ad rem pertinet, quod fieri potest, ut damnatio sequatur; nam etsi in diem, vel sub conditione debeatur, fraudationis causa non videtur latitare, tametsi potest iudicis iniuria condemnari [15]).

Die Analogie dieser beiden Fälle macht es wahrscheinlich, daß auch bei der dritten Anwendung der Bonorum Venditio, wenn dieselbe nämlich gegen Bevormundete und Corporationen eintreten sollte, eine doppelte Voraussetzung stattgefunden habe. In der That sehen wir denn auch an der Stelle des Vadimoniums oder des Verborgenseins ausnahmsweise eine besondere Fürsorge des Prätors: es muß vor Ertheilung der Missio feststehen, daß die Tutoren, Cu-

---

15) In der Anerkennung unseres Grundsatzes stimmt hiermit die, im Uebrigen nicht leicht zu vereinigende L. 7. §. 15. D. quib ex causis 42, 4. überein: Ulpianus [libro LIX. ad Edictum.] — Si quis actione de peculio filii vel servi nomine conveniri possit, si latitet, eo iure utimur, ut possint bona eius possideri et venire, tametsi nihil fuerit in peculio, quia esse potest; et rei iudicatae tempus spectamus, utrum sit, an non sit, et quod teneat actio, etiamsi nihil in peculio fuerit.

ratoren oder Beamten die Defension nicht übernehmen wollen [16]). Dafür aber, daß daneben auch ein wirklicher Anspruch auf Seiten des Klägers vorhanden sein mußte, lassen sich außer der Natur der Sache auch noch die Seite 89 und 90 abgedruckten Stellen geltend machen, welche den Mangel eines durchsetzbaren Klaganspruches ganz allgemein, mithin auch für diesen Fall, als einen hinlänglichen Grund anerkennen, um die Missio oder Proscriptio zu einer rechtswidrigen zu machen [17]).

Ist dies aber richtig, so folgt mit Nothwendigkeit, daß der rückkehrende Beklagte, auch wenn der Güterverkauf bereits erfolgt war, seine Anfechtung nicht allein gegen den

---

16) L. 5. pr. §. 1. D. quib. ex causis 42, 4: Non defendi pupillum constare debet, liquereque Praetori, ut sic permittat bonorum possessionem. Hoc autem constare debet sic: evocandi sunt ad Praetorem tutores etc. L. 7. §. 10. D. ibid. 42, 4: — „nominatim." — L. 1. §. 2. D. quod cuiuscunque universitatis nomine 3, 4: Quodsi nemo eos defendat, quod eorum commune erit, possideri, et si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire se iussurum Proconsul ait. — Vgl. auch L. 3. §. 5. D. de Carb. edicto 37, 10. — Ich kann es daher nicht für richtig halten, wenn man häufig aus diesen Stellen geschlossen hat, der Prätor habe allemal eine Untersuchung angestellt, um die Absentia zu constatiren; sondern es wird die Untersuchung gerade in unsern Fällen hervorgehoben und beschrieben, weil sie hier ausnahmsweise eintrat. Die außerdem, um die Allgemeinheit der Einrichtung zu zeigen, nicht selten hierher gezogene L. 4. D. de damno inf. 39, 2. betrifft ein, noch dazu singuläres, Contumacialverfahren, und L. 22. pr. D. ex quib. caus. maj. 4, 6. (oben S. 50) handelt ebenfalls von einem ganz anderen Falle.

17) Das „sciens" bei Gai. Comm. III. §. 220. mußte natürlich hinzukommen, damit die an sich rechtswidrige Handlung zur Injurie werde.

einen Theil der Causa Venditionis, nämlich die angebliche Latitatio oder Desertio Vadimonii, sondern ebensowohl gegen den andern Theil, nämlich den behaupteten Klaganspruch, mußte richten können [18]). Diese Folgerung wird durch

L. 7. §. 3. D. quibus ex causis 42, 4. und
L. 30. D. de reb. auct. iud. 42, 5. [19])

insofern bestätigt, als diese Stellen ganz allgemein lauten und von einer Beschränkung des Präjudicium, etwa auf den ersteren Theil der Causa, nichts enthalten. Auch läßt sich dafür ein sehr dringendes Argument aus dem eigentlichen Contumacialverfahren entnehmen. Das Urtheil, welches in Folge desselben ergeht, ist bekanntlich ein definitives; nun heißt es aber rücksichtlich des Minor ausdrücklich, daß gegen ihn jenes Verfahren unstatthaft sei.

L. 54. pr. D. de re iud. 42, 1. Paulus [libro I. Sententiarum.] — Contra pupillum indefensum, eumque, qui reipublicae causa abest, vel minorem viginti quinque annis, propositum peremtorium nihil momenti habet.

Es wäre doch wohl sinnlos, wenn die Römer den unvertheidigten Minderjährigen gegen die Möglichkeit, einen einzelnen Proceß zu verlieren, besonders in Schutz genommen, aber den definitiven Verlust seines ganzen Vermögens ohne Weiteres gestattet hätten. Dagegen vereinigen sich beide Vorschriften sehr wohl mit einander, wenn man bedenkt, daß der Minor, falls der Anspruch des Gläubigers nicht

---

18) Für die Zeit vor erfolgtem Verkaufe wird dies ohnehin durch Cicero pro Quinctio erwiesen, indem sich derselbe Cap. XI — XV sehr ausführlich bemüht, zu zeigen, daß Quinctius seinem Gegner nichts schuldig gewesen sei. Vgl. oben §. 4.

19) Siehe oben S. 91 und 92.

begründet war, die bereits stattgefundene Bonorum Venditio späterhin immer noch anfechten konnte.

Hiernach würde sich die Meinung, daß man nach erfolgter Bonorum Venditio den behaupteten Klaganspruch nicht mehr habe bestreiten können, wohl erst alsdann rechtfertigen lassen, wenn man den Satz des Contumacialverfahrens zur Anwendung bringen dürfte, nach welchem die Appellation nicht gegen die in **contumaciam** ergangene Entscheidung selbst, sondern nur dagegen statthaft ist, daß die Contumacia irriger Weise als vorhanden angenommen sei. Allein es liegt in den hier fraglichen Fällen noch gar kein obrigkeitlicher Befehl vor, gegen welchen eine Contumacia hätte eintreten können; und ebensowenig ist ein Urtheil vorhanden, gegen welches die in unserem Präjudicium etwa enthaltene Appellation könnte gerichtet werden [20]).

Der Indefensus galt also, auch nach erfolgtem Güterverkaufe, noch keineswegs pro damnato; vielmehr erwuchs dem Kläger — abgesehen davon, daß er einstweilen zu seiner Befriedigung gelangte — aus der Bonorum Venditio rücksichtlich der Entscheidung des Streites selbst nur der eine rechtliche Vortheil, daß nunmehr die Beweislast auf den Beklagten, welcher jenes Verfahren anfocht, übergegangen sein

20) Wenn Bethmann-Hollweg a. a. O. Seite 282 die Härte der Bonorum Venditio auch mit der beharrlichen Contumacia des Beklagten rechtfertigt, so darf dies nur auf den ersten der von ihm genannten sechs Fälle der Venditio, nämlich a. a. O. S. 280. № 1., „wenn der Beklagte vor Gericht erscheint, aber nicht antwortet oder das Judicium nicht gehörig übernimmt", bezogen werden. Die Bonorum Venditio, welche in diesem Falle eintritt, ist aber rücksichtlich der hier fraglichen Wirkung von ganz anderer Natur, als diejenige, mit welcher wir uns gegenwärtig beschäftigen. Vgl. hierüber Abschnitt IV. §. 15.

wird[21]); auch mochte daneben noch eine factische Präsumtion zu seinen Gunsten eintreten, insofern es bei rechtmäßiger Sache des Beklagten wohl nicht soweit gekommen wäre. Letzteres konnte jedoch nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles sehr verschieden sein, und nicht selten, z. B. beim Minor, ganz verschwinden; und als Gegengewicht stand dem Anfechtenden zur Seite, daß es sich für ihn, da bei einer rechtsgültigen Proscriptio die Infamia eintrat, nicht blos um Vermögen, sondern um Wohl und Wehe überhaupt handelte. Jener Vortheil der Beweislast ist aber in manchen Processen, z. B. wo es auf Rechtsfragen ankommt, schon an sich von keiner Erheblichkeit; und selbst da, wo er Bedeutung hat, dürfen wir ihm im römischen Verfahren, nach der ganzen Einrichtung desselben und bei dem Mangel stricter Beweisregeln, bei Weitem nicht so viel Gewicht beilegen, als etwa im jetzigen. Dagegen setzte sich der Kläger, wenn er schließlich Unrecht behielt, nicht allein der schwerer durchzuführenden Injurienklage[22]), sondern auch erheblichen Entschädigungsansprüchen von Seiten des Beklagten, und von Seiten des Käufers der Bona aus.

Die Hervorhebung dieser Verhältnisse war mir wichtig, weil sie dazu beitragen möchte, uns die ganze Einrichtung verständlicher zu machen, und ihr den Schein der Härte und Ungerechtigkeit zu nehmen, welcher ihr ohne die Berücksichtigung derselben ankleben würde.

Die Bonorum Venditio gestaltet sich hiernach, vom Standpuncte der Kläger betrachtet, nicht etwa als ein Schreckmittel und eine Tyrannei gegen die Beklagten, sondern viel

21) Arg. L. 30. de reb. auct. iud. 42, 5. — L. 7. §. 3. D. quib. ex caus. 42, 4.

22) Gai. Comm. III. §. 220 —. §. 1. Inst. de iniuriis 4, 4.

eher als ein Mittel der Noth, welches man, auch im eigenen Interesse, nur alsdann zur Anwendung brachte, wenn eine rechtmäßige Entscheidung des Streits nun einmal nicht zu erlangen war. Denn so lange dieselbe erwartet werden darf, wird ein vorsichtiger und billigdenkender Mann ihr den Vorzug geben vor diesem eigenmächtigen, und keineswegs gefahrlosen Wege, sich vor aller Entscheidung einstweilen selbst zu seinem Rechte zu verhelfen. Und dieser Gesichtspunct erklärt dann wieder die Wichtigkeit der Vadimonia neben der Bonorum Venditio. Denn so lange man sich die Sache so vorstellt, als ob der Kläger ohne alle Gefahr zur Venditio schreiten konnte, wird es immer schwer zu erklären sein, weshalb man ihn gegen das Ausbleiben des Beklagten durch besondere Strafen sicher zu stellen suchte, indem unter jener Voraussetzung das Recht der Bonorum Venditio genügt haben würde [23]).

Vom Standpuncte des Beklagten aber erscheint dieses äußerste Mittel durchaus gerecht. Denn wer einem Andern wirklich etwas schuldig ist, und sich nun entweder in der Absicht versteckt, um ihn geradezu um das Seinige zu betrügen, oder, was damit auf eins hinauskommt, treuloser Weise sein Versprechen bricht und sich der Klage entzieht,

---

[23]) Vgl. auch Cic. pro Quinctio Cap. XVI. §. 51: Itaque maiores nostri raro id accidere voluerunt; Praetores, ut considerate fieret, comparaverunt; viri boni, quum palam fraudantur, quum experiundi potestas non est, timide tamen et pedetentim istuc descendunt, vi ac necessitate coacti, inviti, multis vadimoniis desertis, saepe illusi ac destituti etc. — Auch die Institutionen, pr. Inst. de success. 3, 12, vgl. mit Theophilus eod. loco, betrachten das Verschwinden der früheren Venditio Bonorum als einen Vortheil für den Kläger; wozu freilich außer dem hier Bemerkten noch verschiedene andere Umstände mitwirkten.

der ist in der That nichts Besseres werth, als daß ihm Hab und Gut verkauft, und er seiner bürgerlichen Stellung verlustig werde. Und was den dritten Fall der Minderjährigen u. s. w. betrifft, so leidet es hier wohl kein Bedenken, die Infamie allgemein als nicht eintretend anzunehmen [24]); die ausnahmsweise Fürsorge des Prätors, und die Gefahr späterer Regreßansprüche bildeten aber auch hier das nöthige Gegengewicht, damit die — in diesem Falle vorzugsweise als ein reines Nothmittel erscheinende — Venditio Bonorum nicht über ihren Zweck hinaus zur widerrechtlichen Beeinträchtigung Unbeschützter gemißbraucht werde.

---

24) Arg. Tab. Heracl. v. 115—117. (S. 9.). Auf den Pupillen wird die Ausnahme wohl nur beschränkt, weil es zu dieser Zeit für den Minor noch keines Curator's bedurfte, um vor Gericht aufzutreten.

Vierter Abschnitt.

Die Contumacia.

§. 15.

Einleitung.

Die Römer verstehen unter **contumax** denjenigen, welcher einem obrigkeitlichen Befehle, sei es eines Magistratus, oder eines Privatrichters, verschuldeter Weise nicht nachkommt. Die Richtigkeit dieser Definition ist meines Wissens unbestritten [1]; in derselben liegt aber auch die Grundverschiedenheit, welche den Gegenstand dieses Abschnittes von demjenigen der drei vorhergehenden trennt.

Das älteste Rechtsdenkmal, welches wir über die Behandlung der Contumacia besitzen, ist nun die Lex Rubria de Gallia Cisalpina.. Ich stelle sie nicht allein ihres Alters wegen, sondern auch deshalb voran, weil sie dazu dienen wird, sowohl die vorigen Abschnitte gegen eine mögliche Anfechtung in Schutz zu nehmen, als den gegenwärtigen passend einzuleiten.

---

1) Vgl. z. B. Brissonius de Verb. Sign. unter Contumacia und Contumax. — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 277.

Die uns erhaltenen Bruchstücke jenes Gesetzes handeln von dem Umfange der den Municipalobrigkeiten im cisalpinischen Gallien verliehenen Gerichtsbarkeit. Dieselbe unterliegt im Allgemeinen einer doppelten Beschränkung: jene Obrigkeiten sind regelmäßiger Weise nur bis zu einem gewissen Geldwerthe des Streitobjects competent, und sie haben nur die in der eigentlichen Jurisdiction, nicht die in dem Imperium enthaltenen Befugnisse. Im Einzelnen wird nun in dem uns erhaltenen Ende des neunzehnten Capitels bestimmt, daß eine, von dem Municipalmagistrat ertheilte Remission der Operis Novi Nuntiatio von einem jeden andern Magistrate respectirt werden solle. Das zwanzigste Capitel giebt den Municipalmagistraten das Recht, die Leistung einer Cautio Damni infecti aufzuerlegen; falls der Beklagte dem Befehle nicht gehorcht und nun ein Schaden sich ereignet, so soll ein Judicium gegen ihn angeordnet und dabei fingirt werden, daß er jene Caution wirklich geleistet habe. Nach dem ein und zwanzigsten Capitel soll derjenige, welcher in Gallien wegen pecunia certa credita, und zwar nicht über 15000 Sestertien, belangt wird, und vor Gericht entweder die Schuld eingesteht, oder jede Erklärung oder die Proceßführung verweigert, ebenso angesehen werden, als wenn er seinem Gegner gehörig verurtheilt worden wäre; auch soll der Municipalmagistrat die Abführung des Schuldners verfügen können. Das zwei und zwanzigste Capitel betrifft dasselbe Benehmen des Beklagten rücksichtlich aller übrigen dinglichen und persönlichen Klagen, bei denen der Werth des Streitgegenstandes unter 15000 Sestertien beträgt, oder die ausnahmsweise ohne Berücksichtigung des Werthes der Jurisdiction der Municipalmagistrate überwiesen sind; in diesen Sachen tritt keine Verfügung der gallischen Behörde ein, sondern der römische Prätor soll das weitere Verfahren eben=

so leiten, wie wenn jene Verhandlung vor ihm stattgefunden hätte [2]). Der endlich noch erhaltene Anfang des drei und zwanzigsten Capitels beschäftigt sich mit der Erbtheilungsklage.

Betrachten wir nun einmal, mit Hinweglassung der uns nicht weiter interessirenden Bruchstücke des neunzehnten und drei und zwanzigsten Capitels, die Voraussetzungen, welche rücksichtlich des Beklagten als vorhanden gedacht werden, damit die angehängte Folge eintrete, so bestehen dieselben im zwanzigsten Capitel darin, daß derselbe vor Gericht gegenwärtig sein, daß ihm ein Befehl des Gerichts ertheilt werden, und daß er demselben nicht nachkommen muß.

Lex Rubria Cap. 20: Qua de re quisque et a quo, in Gallia Cisalpina, damni infecti ex formula restipulari satisve accipere volet, et ab eo, qui ibi ius dicet, postulaverit, idque non ca-

---

2) v. Savigny, Vermischte Schriften Bd II. S. 436 ff. Bd III. S. 389 ff. versteht dieses Capitel etwas anders. Nach ihm war die Execution durch ducere auf Darlehnsklagen beschränkt, bei allen andern Klagen fand nur Vermögensexecution statt; und das Cap. 22 überläßt diese Vermögensexecution stillschweigend der gallischen Behörde, während der Schluß desselben nur für den Fall, daß Jemand lieber in Rom die Execution beantragen wolle, dem römischen Prätor das duci iubere vorschreibt, sofern es sich um ein Darlehn (Cap. 21) handelt, und die Vermögensexecution, sofern eine andere Klage (Cap. 22) zu Grunde liegt. — In Betreff dieser Differenz bin ich der Ansicht Puchta's (Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. Bd XI. S. 226, u. Institut. Bd II. §. 179. Note o), Huschke's (Ueber das Recht des Nexum S. 163 ff.) und v. Scheurl's (Vom Nexum S. 35 ff.) gefolgt; wenn man indessen die Meinung v. Savigny's für richtiger hält, so würde hierdurch die folgende Beweisführung zwar im Einzelnen modificirt werden, allein die für das Ganze wichtigen Grundprincipien würden demungeachtet dieselben bleiben.

lumniae causa se facere iuraverit, tum is, quo de ea re in ius aditum erit, eum, qui in ius eductus erit, de ea re ex formula repromittere, et, si satisdare debebit, satisdare iubeto, decernito.

Qui eorum ita non repromiserit, aut non satisdederit, etc.

Analog verhält es sich mit den beiden folgenden Capiteln. Zwar könnte es scheinen, als ob bei dem Satze „aut se sponsione iudicioque uti oportebit non defendet“ die Gegenwart des Beklagten nicht nothwendig vorausgesetzt sei, und jene Worte mithin allgemein auf einen jeden Indefensus im weitesten Sinne bezogen werden dürften. Allein dieser Schein verschwindet, sobald man den Satzbau beider Capitel genauer ins Auge faßt und mit einander vergleicht. Hiernach enthält jener Zwischensatz gar keinen besonderen Fall, sondern ist nur Anhängsel des ersten Hauptfalles, während ihrer in dem ganzen Vordersatze nur zwei erwähnt werden. Es ist nämlich zu construiren im Cap. 21:

1. Si is eam pecuniam in iure — confessus erit, neque id, quod confessus erit, solvet, satisve faciet, aut se sponsione, iudicioque, utive oportebit, non defendet [3];
2. Sive is ibi de ea re non responderit, neque de ea re sponsionem faciet, neque iudicio, uti oportebit, se defendet;

tum etc.;

[3] Das Futurum defendet zeigt, daß auch dieß logisch nur Folgesatz zu der Voraussetzung Si — confessus erit ist; sollte es einen selbstständigen Fall bilden, so würde eben so, wie dies rücksichtlich der anderen beiden selbstständigen Fälle geschieht, das Futurum exactum („confessum erit“ — „responderit“) gesetzt worden sein.

und ganz übereinstimmend im Cap. 22:

1. Si is eam rem — in iure — confessus erit, dixeritve, neque de ea re satis, uti oportebit, faciet, aut, si sponsionem fieri oportebit, sponsionem non faciet, non restituet, neque se iudicio, uti oportebit, defendet[4]),
2. Aut si de ea re in iure nihil responderit, neque de ea re se iudicio, uti oportebit, defendet;

tum etc.

Auch diese beiden Capitel gehen, wie man sieht, davon aus, daß der Beklagte vor Gericht gegenwärtig war. Sie heben diese Voraussetzung rücksichtlich der beiden Hauptfälle, je nachdem der Beklagte entweder eingesteht, oder nicht antwortet und daher für geständig gilt[5]), durch die Worte „in iure" oder „ibi" ausdrücklich hervor, und wenn nun einer jeden von diesen Möglichkeiten die dritte Möglichkeit hinzugefügt wird, daß er seinen processualischen Obliegenheiten nicht nachkommt, so muß die ursprüngliche Voraussetzung natürlicher Weise auch auf dieses Anhängsel bezogen werden.

In den Nachsätzen wird nun freilich die nichterfolgte Uebernahme einer Sponsion oder eines Judicium auch in der Construction als ein dritter, selbstständiger Fall, dem Eingestehen oder Nichtantworten gleichgestellt:

Cap. 21: tum de eo, a quo ea pecunia petita erit, deque eo, cui eam pecuniam dare oportebit, si-

4) Vgl. die vorige Anmerkung. Vor dem: aut si — faciet, restituet, defendet, ist also die Voraussetzung: Si in iure confessus erit, dixeritve, abermals zu ergänzen.

5) Vgl. L. 11. §. 4. D. de interr. in iure 11, 1. — Gai. Comm. II. §. 24.

rems res, lex, ius, caussaque omnibus omnium rerum esto, atque uti esset, esseve oporteret, si is, qui ita confessus erit, aut de ea re non responderit, aut se sponsione, iudicioque, uti oportebit, non defenderit, eius pecuniae ei, qui eam suo nomine petierit, cuive eam dare oportebit, ex iudiciis datis, iudicareve recte iussis, iure, lege damnatus esset, fuisset.

Cap. 22: tum de eo, a quo ea res ita petetur, cumve eo de ea re ita agetur, deque eo, cui eam rem dari, fieri, praestari, restitui, satisve de ea re fieri oportebit, sirems lex, res, ius, caussaque omnibus omnium rerum esto, atque uti esset, esseve oporteret, si is, qui ita quid earum rerum confessus erit, aut de ea re non responderit, neque se iudicio, uti oportebit, defenderit, de iis rebus Romae apud Praetorem eumve, qui de iis rebus Romae iuri dicundo praeesset, in iure confessus esset, aut ibi de ea re nihil respondisset, aut iudicio se non defendisset.

Allein es folgt von selbst, daß wir hier an keine andere Voraussetzungen denken dürfen, als diejenigen, von denen in den Vordersätzen die Rede war. Ueberdies erscheint eines Theils auch in den Nachsätzen das se non defendere nicht einmal immer durch die Verbindung mit aut auf gleicher Linie mit dem confiteri oder non respondere, sondern wird eben so oft durch ein bloßes neque dem non respondere angehängt;

Vgl. den so eben, und den Seite 119 und 120 abgedruckten Satz des Cap. 22.

Andern Theils stellt Cap. 21 in dem Satze, welcher unmittelbar auf den Seite 106 und 107 abgedruckten Satz folgt, das se non defendere mitten zwischen das confiteri und non respondere:

Cap. 21: Quique cunque Duumvir, Quatuorvir, Praefectusve ibi iuri dicundo praeerit, is eum, qui ita quid confessus erit, neque id solvet, satisve faciet, eum, qui se sponsione iudiciove, utive oportebit, non defenderit, aut in iure non responderit, neque id solvet, satisve faciet, tantae pecuniae, quanta ea pecunia erit, de qua tum inter eos ambigetur, duntaxat sestertium quindecim mille, sine fraude sua duci iubeto etc.

Hat aber der erste und dritte Fall lediglich die Verhandlung vor Gericht im Auge, so ist es gewiß unthunlich, bei dem dazwischengefügten zweiten Falle an ganz andere Voraussetzungen zu denken.

Der Zweck und der sonstige Inhalt unseres Gesetzes bestätigen diese Erklärung vollkommen. Dasselbe will die Competenz der gallischen Behörden bestimmen. Nun tritt aber gegen denjenigen, welcher wegen Absentia, Latitatio oder Vadimonium desertum das Judicium nicht übernimmt, eine Missio in Bona ein. Diese ist durchweg dem römischen Prätor vorbehalten worden, und es ist doch gewiß nicht zu erwarten, daß unser Gesetz von Fällen reden werde, auf welche die Competenz der Municipalmagistrate sich weder vorher erstreckte, noch gegenwärtig erstreckt werden sollte. Ferner kann die Ductio, welche nach beiden Capiteln wider den Beklagten stattfindet, ebenfalls nur zur Anwendung kommen, wenn derselbe gegenwärtig ist. Man wird sie daher auch niemals mit derjenigen Bonorum Venditio vereinigt finden,

von welcher im vorigen Abschnitte die Rede war; vielmehr stellen die römischen Juristen beides eher in Gegensatz zu einander [6]).

Die Lex Rubria handelt mithin lediglich von solchen Fällen, wo der Beklagte vor Gericht eingesteht, oder nicht antwortet, oder einem Befehle des Gerichts nicht nachkommt; sie regulirt das Executionsverfahren, welches in Folge eines solchen Benehmens gegen ihn eintritt.

Mit diesem Resultate stimmt die herrschende Ansicht meines Wissens überein [7]); allein sie scheint auf dasselbe nicht

---

6) Nämlich bei Gelegenheit der Vocatio in Jus, wo es heißt: L. 18. D. de in ius voc. 2, 4. (Gaius): Plerique putaverunt, nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque, qui inde in ius vocaret, vim inferre videri. [L. 19. (Paulus)]: Satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius. Hätte die Latitatio den Erfolg gehabt, daß der Beklagte pro damnato galt, und mithin die Execution gegen ihn eintrat, so würde der Kläger behuf der Vollstreckung derselben den Beklagten auch aus seinem Hause haben abführen können, denn das Privileg des Hauses ist auf die Ductio in Jus beschränkt, welche auf den Grund einer Vocatio Platz griff, wird aber nirgends auf diejenige Ductio ausgedehnt, welche im Wege der Execution stattfand. Unter jener Voraussetzung hätte Paulus also nicht wohl sagen können: satisque poenae subire eum etc.

7) Freilich ist die Meinung der Schriftsteller mitunter kaum mit Sicherheit erkennbar, indem es häufig nicht in ihrer Aufgabe lag, die Lex Rubria gerade in Betreff unserer Frage mit Genauigkeit zu erläutern; vgl. indessen Dirksen, Observationes ad selecta Leg. Gall. Cisalp. capita. Berol. 1812. pag. 47. — Stieber l. c. pag. 44 et 45. — Zimmern a. a. O. §. 116. Note 5. — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 280. № 1 und Note 9. — Puchta in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. Bd X. S. 223. (?) — v. Savigny,

das genügende Gewicht zu legen. Denn man pflegt zunächst bei der Lehre vom Contumacialverfahren (im modernen Sinne) den Fall der Lex Rubria ohne Weiteres den Fällen der drei ersten Abschnitte gleichzustellen, insbesondere aus dem Seite 107 abgedruckten Satze des Cap. 21 die Regel herzuleiten, daß nicht nur der Confessus in Jure oder Contumax, son=

Vermischte Schriften Bd II. S. 431: „Wird ein Gelddarlehn von höchstens 15000 Sestertien behauptet, und der Beklagte hat vor dem Magistratus entweder die Schuld eingestanden, oder jede Erklärung verweigert, oder er will nicht den Proceß und die Sponsion übernehmen" u. s. w. — Wenn der letztere Schriftsteller sich in einer späteren Abhandlung, Verm. Schriften Bd III. S. 385, über denselben Gegenstand dahin äußert: „Es wird angenommen, der Beklagte gestehe vor dem Duumvir das Recht des Klägers ein, doch ohne denselben zu befriedigen, oder er unterlasse die Sponsion, wo diese gefordert werden kann, oder die Beantwortung der ihm vor dem Duumvir vorgelegten Fragen (interrogatio in iure), oder die Erscheinung und Vertheidigung vor dem Judex" u. s. w., so glaube ich rücksichtlich der letzten Alternative Gewicht darauf legen zu dürfen, daß es v. Savigny auf eine präcise Inhaltsangabe in Betreff unserer Materie nicht wohl ankommen konnte. Denn genau genommen würde diese Alternative mit der angeführten früheren Aeußerung kaum verträglich sein, indem der Proceß nach der von v. Savigny gebilligten (System des h. R. Rechts Bd. VII. S. 14 ff.) herrschenden Meinung bereits durch Litiscontestation übernommen sein muß, bevor von einem Erscheinen vor dem Judex die Rede sein kann; und, davon abgesehen, würde ich sie aus diesem letztern Grunde auch nicht für richtig halten können. Nach der Litiscontestation gelangt der Proceß in Folge des Nichterscheinens im Judicium weder zur Competenz der gallischen, noch der römischen Magistrate, sondern der Judex untersucht und entscheidet ungeachtet der Abwesenheit einer von beiden Parteien; und es lag wohl außerhalb der Aufgabe der Lex Rubria (vgl. v. Savigny, Verm. Schriften Bd. III. S. 380 am Ende), über diesen Fall besondere, von dem regelmäßigen Verfahren abweichende, Vorschriften zu ertheilen.

dern ein jeder Indefensus, mithin auch derjenige, welcher abwesend ist, oder latitirt, oder das Vadimonium versäumt, pro damnato angesehen sei [8]), und in Folge hiervon handelt man dann auch bei der Lehre von der Execution neben dem Contumax wiederum von dem Abwesenden, Latitirenden oder das Vadimonium Verlassenden [9]).

Allein wenn die früheren Deductionen an und für sich gegründet sind, so ergeben sie von selbst, daß auf diese Weise verschiedenartige Dinge mit einander vermischt werden; und es bedarf mithin keiner besondern Vertheidigung gegen die Einwendungen, welche man erst in Folge einer solchen Vermischung wider die aufgestellten Grundsätze erheben könnte.

Davon abgesehen, würde ich mich für die innegehaltene Trennung auch auf das Vorbild des prätorischen Edictes berufen dürfen, welches sie ebenfalls beobachtet.

Cicero nennt, wie oben bemerkt wurde [10]), sämmtliche Gründe der Proscriptio, welche an derjenigen Stelle des Edictes aufgeführt waren, die für den Fall des Quinctius in Betracht kam. Unter diesen Gründen hat aber der Fall der Lex Rubria keinen Platz, denn der allein denkbaren

---

8) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 278 u. S. 280. — Rein, Röm. Privatrecht S. 497. № 3. — Rudorff, Grundriß u. s. w. §. 89. I A. — Puchta a. a. O. §. 160. — Wetzell a. a. O. S. 57. Note 2.

9) Auch die Rechtsquellen, welche in die eine oder andere Classe von Fällen gehören, werden demgemäß ohne Weiteres auf die gleiche Stufe gestellt, obwohl z. B. bei Cicero pro Quinctio von einer Execution gar keine Rede ist; vgl. z. B. Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 29, namentlich Note 11 und Seite 314 ff. — Puchta a. a. O. §. 179, namentlich Note w u. x. — Huschke, Ueber das Recht des Nexum S. 168 ff.

10) Vgl. §. 7. Note 10.

Subsumtion desselben unter das Edict: Qui absens iudicio defensus non fuerit, würde die Voraussetzung „absens" entscheidend entgegenstehen. Vielmehr wurde die Bonorum Venditio der Lex Rubria offenbar nach denjenigen Regeln beurtheilt, welche im Edicte über das Verfahren gegen den Confessus in Jure und den Judicatus gegeben waren. Die verschiedene Stellung beider Fälle im Edicte, welche auch von Andern bemerkt worden ist [11]), war nun aber gewiß keine Zufälligkeit oder Willkür, sondern sie waren auch nach ihrem Zwecke und nach ihrer rechtlichen Natur verschieden.

Soviel zur nachträglichen Rechtfertigung der früheren Abschnitte.

Gehe ich jetzt zu dem eigentlichen Inhalte dieses Abschnittes über, so scheint mir die Lex Rubria für eine Principienfrage von Wichtigkeit zu sein.

Es ist nämlich ein seit lange herkömmlicher Rechtssatz, daß die wirkliche Verurtheilung des Beklagten nach römischem Proceßrechte nicht anders möglich gewesen sei, als nachdem derselbe Litem contestirt hatte. Meistens wird diese Regel der gesammten Darstellung des Contumacialverfahrens zu Grunde gelegt [12]), und es scheint mir daher angemessen zu sein, vor allen Dingen nach ihrer Beglaubigung zu fragen.

Die älteren Schriftsteller gründeten sie auf Nov. 53. c. 4. pr., welches Gesetz folgendermaßen lautet:

> Si vero semel repudians (scil. reus) iudicem alium acceperit, non sinimus ei eum, qui petitus est, rursus repudiare. Sicut enim eius curam habemus, sic etiam per dilationem agi ali-

---

11) z. B. Keller l. c. pag. 53 sqq. — Huschke a. a. O. S. 168.

12) Wegen der Literatur vgl. §. 16. Note 1 u. 3; und §. 17. Note 5.

quid adversus actorem omnimodo aversamur. Si vero etiam quidam iurent, quia observant [13]), et ante, quam contestatio litis fiat, ab hac maxima dispareant civitate, licentiam esse etiam non facta litis contestatione adire actorem statutum iudicem, et hoc denunciare, illum vero, si quidem administrator sit, iubere omnimodo exhiberi reum tanquam periurum, et paene sui accusatorem per fugam factum, si vero non administrat, sed datus sit a quodam iudex, sive ex sacra forte forma aut iussione, aut etiam ab aliquo administratore, ad illum nunciare, a quo datus est, ut deducatur ab illo, ne causa maneat actori undique desolata, iudice agere aliquid non valente, eo quod nondum apud eum facta sit contestatio litis, illo contemnente legem et iuramentum suum manifestatione sua, et actorem extra omne legitimum adiutorium relinquente.

Außerdem wird dem Richter im folgenden §. 1. noch das Recht gegeben, den Beklagten, dessen gewaltsame Exhibition bereits verordnet ist, daneben noch auf einen bestimmten Termin vorzuladen. Wenn er an demselben nicht erscheint, so wird der Kläger pro modo debiti declarati in den Besitz der Güter des Beklagten gesetzt; indessen soll der späterhin zurückkehrende Beklagte demungeachtet, nachdem er seinem Gegner Schadensersatz wegen der Verzögerung leistete und Cautio Judicio sisti durch Bürgen bestellte, seine Güter wieder erhalten und den Proceß als Beklagter übernehmen.

13) ὡς προςεδρεύουσι; Osenbrüggen: se affuturos.

Allerdings heißt es nun in den hervorgehobenen Worten, daß der Richter vor der Litiscontestation keinerlei Verfügung treffen dürfe.

Zwar ließe sich an dieser Stelle unter dem iudex (δικάστης) zur Noth lediglich ein Judex datus verstehen, und sie würde alsdann über das Princip, welches man aus ihr ableitet, nichts enthalten, indem die etwaigen Befugnisse des Magistratus ganz aus dem Spiele blieben. Indessen scheint es in der That richtiger zu sein, die Stelle mit der gewöhnlichen Meinung auch auf den Magistratus zu deuten. Denn der δικάστης bezeichnet unmittelbar vorher beide Arten von Richtern (ἄδειαν εἶναι — προςιέναι τὸν ἐνάγοντα τῷ ἀφορισθέντι δικαστῇ — ἐκεῖνον δέ, εἰ μὲν ἄρχων εἴη — εἰ δὲ οὐκ ἄρχοι), während er im gleichfolgenden §. 1. sogar lediglich auf den Magistratus zu beziehen ist. Hauptsächlich aber wird im Vorhergehenden die Chicane, gegen welche der Kläger geschützt werden soll, sowohl unter dem einen, wie unter dem andern Richter als anwendbar dargestellt; diese Richter werden also nur beiläufig unterschieden, damit zu gleicher Zeit der Geschäftsgang regulirt werden könne, indem einem Judex datus die erforderliche Executivgewalt abging.

Ist aber hiernach zuzugeben, daß unsere Novelle auch von den Befugnissen des Magistratus handelt, so scheint mir nichts gewisser zu sein, als daß wir sodann ihren sonstigen Inhalt um desto mehr zu beschränken haben.

Justinian will offenbar etwas Neues einführen, und sucht diese Neuerung dadurch zu rechtfertigen, daß der Beklagte sich durch seinen Eidesbruch gleichsam selbst verurtheilt habe (ἐκεῖνον [scil. δικαστὴν] δέ, εἰ μὲν ἄρχων εἴη, κελεύειν ἐκ τρόπου παντὸς ἄγεσθαι τὸν ἐναχθέντα ὡς καὶ ἐπίορκον καὶ σχεδὸν ἑαυτοῦ κατήγορον τῇ φυγῇ

γενόμενον), und der Kläger an und für sich ohne jegliche Rechtshülfe sein würde (ἐκείνου τε καταφρονοῦντος τοῦ νόμου καὶ τῆς διωμοσίας τῆς ἑαυτοῦ, καὶ τὸν διώκοντα πάσης ἐκτὸς νομίμου βοηθείας ἀπολιμπάνοντος). Diese ganze Beschreibung paßt aber durchaus nicht auf das regelmäßige Verfahren; denn in diesem konnte der Magistratus von jeher eine Missio in Bona verfügen, sobald die Cautio Judicio sisti versäumt worden war [14]); und diejenige, deren Anordnung ihm in unserer Novelle gestattet wird, ist obendrein von den gelindesten Folgen, da ihr der Effectus Venditionis abgeht. Die Neuerung Justinians kann mithin nur auf ein ausnahmsweises Verhältniß bezogen werden; und welches Verhältniß dies sei, läßt sich aus dem sonstigen Zusammenhange mit großer Wahrscheinlichkeit vermuthen.

Es ist nämlich im Eingange, sowie im ersten und zweiten Capitel unserer Novelle nur von dem, unter Justinian sehr gebräuchlichen, außerordentlichen Verfahren [15]) die Rede, in welchem der Kläger vom Kaiser, oder von einem hohen

---

[14]) Vgl. auch wegen des späteren Rechtes L. 17. C. de dignitatibus 12, 1, wo es rücksichtlich der Beklagten, welche eine eidliche Cautio Judicio sisti geleistet haben, sich aber nicht stellen, ohne Weiteres heißt: Quam (scil. cautionem) si neglexerint, et contra insertum cautioni sacramentum ipsi vel eorum procuratores abfuerint, in pecuniariis quidem causis super possessione rerum ad eos pertinentium iudex competens, quod iuris auctoritas et rei qualitas suggesserit, ordinabit. In criminalibus vero negotiis etc. — L. 15. C. de iudiciis 3, 1.

[15]) L. 2. C. de feriis et dilat. 3, 11. — L. 1. C. de mis. pers. 3, 14. — L. 16 et 18. C. de iudiciis 3, 1. — Vgl. auch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 104, 150.

Reichsbeamten [16]) die Delegation eines Richters erbat, und sich beide Theile, unter Beseitigung des Grundsatzes **Actor sequitur forum rei**, vor diesem delegirten Richter stellen mußten. Das dritte Capitel spricht etwas unbestimmt von einem **iudex datus** (*τὸν δεδομένον δικαστήν*), und da es auch der zweiten in den früheren Capiteln enthaltenen Voraussetzung, daß der Beklagte im Wege des außerordentlichen Verfahrens aus seiner Provinz in eine andere Provinz oder nach Constantinopel exhibirt wurde, nicht mehr ausdrücklich erwähnt, so mag es sein, daß man auf den früheren Zusammenhang vielleicht ein geringeres Gewicht legen und dieses Capitel auch auf das ordentliche Verfahren beziehen darf [17]). Dagegen spricht das nun folgende vierte Capitel wieder von beiden Voraussetzungen. Einmal ist nur von demjenigen die Rede, welcher die Stadt Constantinopel verläßt, um der Litiscontestation zu entgehen (*Εἰ δὲ καί τινες διομόσαιντο μέν, ὡς προσεδρεύουσι, πρὶν δὲ ἡ προκάταρξις γένοιτο, τῆς μεγάλης ταυτῆς ἀφανεῖς καταστаῖεν πόλεως*), so daß wir nach Analogie der früheren Capitel das unsrige auf solche Beklagten zu beziehen haben, welche zum Zwecke der Proceßführung nach Constantinopel berufen wurden; sodann wird auch nur von einem designirten, nicht aber vom ordentlichen Richter gesprochen (*τῷ ἀφορισθέντι δικαστῇ*, **statutum** [**Vulg.**] oder **designatum** [**Osenbr.**] **iudicem**).

In Fällen dieser Art konnte nun der Beklagte den delegirten Richter, mochte derselbe zugleich Magistrat sein oder

---

16) L. 16 in f. C. cit. (3, 1.): — Quod et si ab imperiali maiestate iudex delegatus non sit, sed ab alio culmine, obtinere censemus. —

17) Zimmern a. a. O. §. 144. Note 24 ff. — Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 22.

nicht, ohne Weiteres recusiren und einen Arbiter wählen [18]); Justinian legt sowohl im vorhergehenden dritten, als im Eingange des vierten Capitels auf dieses Recusationsrecht das Hauptgewicht; und es scheint mir daher keinem Zweifel zu unterliegen, daß wir unsere ganze Vorschrift eben hieraus zu erklären haben.

Der Kläger hat einmal einen besondern Richter erbeten, und darf sich daher nicht mehr an einen anderen wenden [19]); jener außerordentliche Richter ist aber nicht eher zu einer Verfügung berechtigt, als bis er mittelst der Litiscontestation vom Beklagten anerkannt wurde. Begiebt sich dieser Letztere vorher auf die Flucht, so kann man nun in der That sagen, daß der Kläger ohne jegliche Rechtshülfe sein würde, wenn dem designirten Richter nicht ausnahmsweise die Befugniß gegeben wäre, den Eidbrüchigen wieder herbeiholen zu lassen und inzwischen eine Missio in Bona gegen ihn zu verfügen.

Handelte es sich dagegen um den ordentlichen Richter, so würde dieser, falls der Beklagte die Cautio Judicio sisti versäumt, zufolge der angeführten Codexstelle [20]) ohne besondere Erlaubniß verfügen dürfen „quod iuris auctoritas et rei qualitas suggesserit."

Die Novelle stellt mithin keineswegs eine allgemein gültige Regel darüber auf, wie weit die Befugnisse des zuständigen Magistratus im Falle der Contumacia des Beklagten reichen. Allein selbst wenn man annehmen dürfte,

---

18) Vgl. die Note 15 angeführten Stellen.

19) Vgl. L. 4. (rest.) § 2. C. de in ius vocando 2, 2: Qui autem semel in ius vocavit, si post commonitionem reo oblatam eum ad alium iudicem ob easdem causas vocaverit, et indemnem reum praestet, et causa cadat, etsi iustam habuit actionem.

20) Vgl. Note 14.

daß sie dies thue, so würde es doch wieder völlig unhistorisch sein, aus ihrem Inhalte auch für die classische Zeit einen allgemeinen Grundsatz entnehmen zu wollen; zumal sich das Recht alsdann gerade in der fraglichen Beziehung im Uebrigen völlig geändert hätte. Ist doch die Missio, welche in dem analogen Falle des classischen Rechts, beim Vadimonium desertum, eintritt, von ganz verschiedener Natur.

Die neueren Schriftsteller pflegen sich nun zwar für das von ihnen beibehaltene Princip nicht immer auf die Novelle zu berufen, welche die Aufstellung desselben ursprünglich veranlaßte. Sieht man sich jedoch nach anderen Quellenzeugnissen um, in denen jenes Princip als solches ausgesprochen würde, so habe ich dergleichen nirgends angeführt gefunden; man müßte denn an einen mitunter [21]) bei dieser Gelegenheit benutzten Ausspruch Cicero's denken:

> pro Cluentio cap. XLIII. §. 120: Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset.

Allein dem Cicero kommt es nach dem ganzen Zusammenhange nur darauf an, den Unterschied zwischen einer bloßen nota censoria und einer res indicata hervorzuheben, welche die Ignominia des Verurtheilten nach sich zieht. Wenn er hierbei, um die größere Bedeutung eines infamirenden Urtheils besser in's Licht zu stellen, auch daran erinnert, daß Urtheile nach Römischer Verfassung immer nur von einem Judex ausgingen, an dessen Bestellung beide Parteien Theil genommen hätten, während der Censor seine Nota ertheile,

---

[21]) z. B. Zimmern in (Erlang.) Jahrb. der juristischen Literatur Bd VIII. S. 246. — Wetzell, Vindicationsproceß S. 16.

ohne daß der Betroffene ihm vorher selbst das Richteramt über seine Sitten übertragen habe, so versteht es sich ganz von selbst, daß der Redner nur an das regelmäßige Verfahren und an die Art und Weise denkt, auf welche die Ordinatio Judicii, insbesondere die Bestellung des Judex, vor sich geht. Unmöglich konnte es ihm einfallen, als genauer Jurist daneben zu bemerken, daß übrigens z. B. bei einer Cognitio extraordinaria, oder — wenn dies der Fall gewesen wäre — beim Contumacialverfahren Ausnahmen von jener Regel vorkommen könnten. Man müßte die Stelle also völlig aus ihrem Zusammenhange reißen, und einen Gegensatz voraussetzen, an welchen Cicero nicht im Entferntesten denkt, wenn man in ihr zugleich eine Entscheidung über die Frage finden wollte, ob der Beklagte das Recht auf Bestellung eines Judicium durch Contumacia habe verwirken können, oder nicht.

Kehren wir jetzt einmal zu der Lex Rubria zurück, so enthält dieselbe unläugbar ein, dem gewöhnlich behaupteten Grundsatze widersprechendes, Verfahren. Denn im einundzwanzigsten Capitel heißt es mit klaren Worten, daß der ungehorsame Beklagte so angesehen werden solle, wie wenn er **ex iudiciis datis, iudicareque recte iussis damnatus esset** [22]), und im zweiundzwanzigsten Capitel wird nach dem S. 107 abgedruckten Satze, welcher das weitere Verfahren gegen den Confessus oder Contumax an den römischen Prätor verweist, der vor diesem stattfindende Proceßgang folgendermaßen beschrieben:

Cap. 22: **Praetor, isve, qui de ea re Romae iuri dicundo praeerit, in eum, et in heredem eius, de eis rebus omnibus ita ius dicito, decernito, eosque duci, bona eorum possideri, pro-**

22) Die Stelle ist bereits oben Seite 107 abgedruckt worden.

scribive, venireque iubeto, ac si is, heresve eius, de ea re in iure apud eum Praetorem, eumve, qui Romae iuri dicundo poterit praeesse, confessus esset, aut de ea re nihil respondisset, neque se iudicio, uti oportuisset, defendisset.

Freilich ließe sich nun die Fiction, welche im einundzwanzigsten Capitel aufgestellt wird, möglicherweise nicht als der Regel des Rechts entsprechend, sondern als eine Singularität auffassen, indem man die Erklärung, welche Puchta[23]) unter der Beistimmung v. Savigny's[24]) dem zwanzigsten Capitel gegeben hat, vielleicht auf das einundzwanzigste ausdehnen könnte.

Wenn der Beklagte nämlich die Leistung einer ihm auferlegten Cautio Damni infecti unterläßt, so besteht die regelmäßige Folge darin, daß der Prätor den Kläger in den Besitz der Schaden drohenden Sache einweist; dagegen bringt das zwanzigste Capitel der Lex Rubria ohne Weiteres die — nach dem prätorischen Edicte nur für den äußersten Fall gestattete — Fiction zur Anwendung, wonach die Caution als geleistet angenommen werden soll; und Puchta erklärt diese Anomalie aus dem Umstande, daß Missionen nicht in Folge der Jurisdictio, sondern nur in Folge des Imperium verfügt werden konnten. Denn da den Municipalmagistraten überhaupt kein Imperium zustand, so habe man als Surrogat für die Missio die Klage aus der fingirten Caution sofort gegeben[25]).

---

23) Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd X. S. 213 ff.

24) Vermischte Schriften Bd III. 381.

25) Im späteren Rechte finden wir freilich, daß den Municipalmagistraten die erste Missio bei verweigerter Cautio Damni infecti übertragen ist. L. 4. § 3. D. damni infecti 39, 2.

Nun könnte man aber das Contumacialverfahren, so lange die Parteien sich noch nicht durch Litiscontestation einem Richter unterworfen haben, ebenfalls als einen Bestandtheil, nicht der einfachen Jurisdictio, sondern des Imperium betrachten, indem wir dasselbe immer nur als Attribut des Prätors, oder eines andern mit Imperium versehenen Magistratus finden [26]). Die Fiction, wonach der Ungehorsame für verurtheilt angesehen werden soll, würde unter dieser Voraussetzung bei den einfachen Schuldklagen (**pecunia certa credita**) wiederum nur deshalb aufgestellt sein, weil die Municipalmagistrate kein Imperium hatten. Rücksichtlich aller andern Klagen, bei denen das weitere Verfahren nach Rom verwiesen wird, wäre eben deshalb von einer solchen Fiction keine Rede. Indem es vielmehr bei der Beschreibung des Proceßganges vor dem römischen Prätor ganz allgemein heißt „**ius dicito, decernito**“ etc., so ließen sich diese Ausdrücke unter Anderem [27]) auch darauf beziehen, daß der Ungehorsame schon zur Zeit der Lex Rubria — wie dies späterhin entschieden der Fall war — der Regel nach keineswegs

---

26) Vgl. außer den, vom Contumacialverfahren handelnden, Stellen im Gegensatze zu dem in der vorigen Note allegirten Gesetze auch die darauf folgende L. 4. §. 4. D. damni infecti 39, 4; hier wird die Missio ex secundo decreto ausdrücklich dem Prätor vorbehalten, dieselbe bildet aber in diesem besonderen Falle das Contumacialurtheil (Siehe §. 23). — Ferner etwa L. 1. pr. D. si quis ius dicenti 2, 3.

27) Huschke, Ueber das Recht des Nexum, Seite 163, Note 244 findet in jenen Worten die Andeutung, daß der Prätor erst noch ein Judicium habe anordnen müssen, um das Streitobject auf pecunia certa credita zu reduciren und dadurch zur Execution fähig zu machen; indessen steht diese Ansicht der obigen Auslegung keinenfalls entgegen — der Prätor soll eben Alles thun, was noch zu thun übrig bleibt.

ipso iure für verurtheilt gegolten habe, sondern eine Causä Cognitio von Seiten des Prätors eingetreten sei, welche wenigstens möglicher Weise auch mit einem freisprechenden Decrete endigen konnte.

Allein selbst wenn diese Erklärung mehr, als eine bloße Vermuthung, wäre, so würde sie doch in der Sache selbst nichts ändern. Denn es wird auch im zweiundzwanzigsten Capitel die Verurtheilung und Execution wider den Contumax durchaus als die Regel betrachtet; und der römische Prätor muß also zur Zeit der Lex Rubria zum Mindesten die Befugniß gehabt haben, in der angegebenen Weise wider den Ungehorsamen vorzuschreiten. Auch bezieht sich diese Befugniß keineswegs auf irgend welches außerordentliche Verfahren, sondern es soll gerade das gewöhnlicher Weise, und im ordentlichen Proceßgange, geltende Recht beschrieben werden.

Allerdings ist es nun möglich, daß der Grundsatz, welchen man zur Zeit der Lex Rubria befolgte, späterhin gemißbilligt worden wäre und einem ganz anderen Verfahren Platz gemacht hätte. Allein abgesehen davon, daß die Vermuthung wohl eher für das Gegentheil streitet, so würde bei dem Mangel eines directen Quellenzeugnisses doch nur die vorgängige Erwägung der einzelnen Nachrichten uns berechtigen können, aus ihrem Gesammtinhalte schließlich ein solches Resultat zu abstrahiren. Dagegen würde es eine Petitio Principii sein, wollten wir eine derartige Veränderung ohne Weiteres voraussetzen; und wir werden uns daher im Rechte befinden, wenn wir bei der folgenden Untersuchung jenes angebliche Princip der classischen Zeit einstweilen auf sich beruhen lassen.

§. 16.

Die herrschenden Ansichten.

Eine Contumacia vor der Litiscontestation kann nun gewiß alsdann vorkommen, wenn eine Partei nach bereits eingeleitetem Verfahren dem Befehle des Magistratus den Gehorsam verweigert; es war dies der Fall der Lex Rubria. Indessen bildet derselbe nicht eigentlich die Hauptfrage; letztere besteht vielmehr darin, ob, und in welchem Umfange, rücksichtlich der Einleitung selbst ein Contumacialverfahren stattgefunden habe? Diese Frage werden wir also zunächst untersuchen müssen; und nach der Feststellung derselben wird sich das Folgende mit Leichtigkeit anschließen.

Für jene Untersuchung hängt aber wieder Alles davon ab, welchen Platz man dem, in **L. 68–75. D. de iudiciis 5, 1.** ausführlich beschriebenen, Contumacialverfahren anweist.

Dasselbe geht im Wesentlichen so vor sich, daß das Gericht den Beklagten auf den Antrag des Klägers drei Mal, in Zwischenräumen von nicht weniger als zehn Tagen, vorladet. Das vierte Mal wird ihm angedroht, daß auch in seiner Abwesenheit untersucht und entschieden werden solle; unter Umständen kann jedoch schon die erste Ladung als eine peremtorische erlassen werden. Erscheint nun der Beklagte auf diese peremtorische Ladung nicht, so wird, falls nur der Kläger gegenwärtig ist, demungeachtet nach vorgängiger Untersuchung in der Sache erkannt; bleibt der Kläger, oder bleiben beide Theile aus, so geht nur die Instanz des Edicts verloren.

Die Ansichten über das Verhältniß dieses Contumacialverfahrens zu den sonstigen Proceßeinrichtungen der Römer sind nun von jeher verschieden gewesen; und da ich gerade

die herrschenden nicht als richtig anerkennen kann; so werde ich versuchen, vorerst die Unhaltbarkeit derselben darzuthun, um auf diese Weise der eigenen Meinung Platz zu schaffen.

In früherer Zeit ging die gewöhnliche Theorie dahin, daß der Ungehorsamsproceß erst nach der Litiscontestation stattgefunden habe, so daß er also mit der Aufgabe dieser Abhandlung nichts zu thun hätte. Manche Schriftsteller erwähnten dabei ganz unbestimmt des Judex als der Behörde, welche die Ladungen vornehme [1]). Andere bemerkten dagegen, daß an den Privatrichter nicht gedacht werden dürfe; und gewiß mit Recht. Denn es ist bei der Beschreibung nicht allein von einem Tribunale, einem Präco, einem Edicte die Rede, welches Alles nur auf den Magistrat paßt, sondern es wird auch geradezu gesagt, daß der Prätor die Edicte erlasse [2]). In Folge hiervon stellte man sich denn das Verfahren genauer so vor, daß der Privatrichter beim Ausbleiben des Beklagten die Sache wieder an den Magistratus abgegeben habe, und hierauf von dem Magistrat der Contumacialproceß eingeleitet und vollzogen worden sei. In dieser verbesserten Gestalt hat jene Meinung, nachdem sie Jahr-

---

1) Cujacius, Observ. X, 10; Comment. in Tit. 1. D. de iudiciis ad leg. 73; in Libr. II. tit. 2. C. de in ius vocando; Expositio Nov. 69. — Donellus, Comment. de iure civili Lib. XXIII. c. 9 et 11; ad Lib. II. tit. 2. C. de in ius voc. — Duarenus, Comment. in Tit. de iudiciis (Opp. Francof. 1598. pag. 164.). — Noodt, Comm. ad Tit. D. de in ius vocando 2, 4. — Heineccius, Antiq. Rom. Lib. IV, Tit. 17. §. 7. —

2) L. 75. D. de iudiciis 5, 1. — Vgl. namentlich Vulteius, Tractatus de Judiciis. Lib. II. cap. 6. (Cassellis. 1654. pag. 359.) — Zenger a. a. O. S. 82.

hunderte lang die herrschende gewesen war, noch bis auf die neueste Zeit ihre Anhänger behalten [3].

Fragen wir nun zunächst nach den positiven Gründen, auf welche sie sich stützt, so lag der hauptsächlichste in der Nov. 53. c. 4. pr. Rücksichtlich dieses Gesetzes ist jedoch schon im vorigen Paragraphen dargethan worden, daß es nichts darüber beweisen kann, ob der zuständige Magistratus während der classischen Zeit gegen den Ungehorsamen nur eine Missio in Bona, und zwar ohne Effectus Venditionis, oder ob und wieviel er noch außerdem habe verfügen dürfen.

Nicht besser verhält es sich mit folgender Stelle aus Constantinus Harmenopulus [4]:

Ἐπὶ δέκα ἡμέρας ἔδικτον ἤτοι παράγγελμα ἄρχοντος προτίθεσθαι ὀφεῖλαι κατὰ τοῦ προπετῶς μετὰ προκάταρξιν ἀπολιμπανομένου ἕως τρίτου. Ἡ δὲ μετὰ τὸν κώδικα νεαρὰ τριάκοντα ἡμέρας παρέχει ἑκάστῳ ἐδίκτῳ ἤτοι παραγγέλματι ἕως τρίτου.

Cujacius bezieht dieselbe auf die L. 68—75. citt.: weil Constantinus die Edicte *μετὰ προκάταρξιν* setzt, so sollen sie in jener Beschreibung des Contumacialverfahrens ebenfalls post litem contestatam ergehen. Indessen denkt der griechische Epitomator gar nicht an die Pandekten, sondern theils an L. 13. C. de iudiciis 3, 1., in welchem

---

3) Sigonius, de Iudiciis Lib. I. cap. 28. vgl. mit cap. 27. — Ant. Faber, Rationalia ad leg. 68 sqq. D. de iudiciis 5, 1. — Janus a Costa, Summaria in Decretal. ad Lib. I. Tit. 32. de officio iudicis. — Glück, Commentar u. s. w. Th. III. §. 252. — Stieber l. c. pag. 34. — Zimmern a. a. O. §. 136. — Walter, Röm. Rechtsgeschichte. §. 696.

4) Manuale Iuris Lib. I. Tit. 4. De iudiciali sententia ac re iudicata № 11.

Gesetze Justinian dem Richter befiehlt, beim Ausbleiben der Parteien post litem contestatam Edicte zu erlassen, damit der Eintritt der neuen dreijährigen Proceßverjährung vermieden werde — was die Anwendung anderer Edicte in andern Proceßabschnitten nicht einmal für das Justinianeische Recht ausschließt [5]); theils an Nov. 112. cap. 3, welches Gesetz bei der Citation des Klägers an die Stelle der Frist von zehn Tagen jedes Mal dreißig Tage setzt. Sein Auszug aus diesen beiden Gesetzen kann aber gewiß nichts entscheiden.

Endlich beruft sich Cujacius noch auf

---

5) Daß unter Justinian die Edicte auch vor der Litiscontestation und behuf der Einleitung des Verfahrens in Gebrauch waren, wird bewiesen durch Nov. 119. c. 6: Ad haec quoque sancimus, ut, si contigerit minores velle se abstinere ab hereditate in se devoluta et a se suscepta, siquidem omnes creditores praesentes fuerint in illis locis, in quibus in integrum restitutio postuletur, vocentur a iudice creditores, et praesentibus omnibus ab huiusmodi hereditate se minores abstineant. Si vero omnes aut aliqui creditores absentes fuerint, iubemus, minores volentes hoc agere locorum iudicem, in quibus ipsi degunt, adire, illum vero per consuetas citationes vocare creditores, et si intra spatium trium mensium nusquam appareant creditores, licere minoribus sine periculo ab huiusmodi hereditate abscedere etc. Zu vergleichen ist rücksichtlich des classischen Rechtes L. 29. §. 2 D. de minor. 4, 4: Si hereditate patris aetatis beneficio in integrum restitutus abstinuit se, nemine de creditoribus paternis praesente vel ad agendum a Praeside evocato, an ea restitutio recte facta videatur, quaeritur; Herennius Modestinus respondit, quum non evocatis creditoribus in integrum restitutionis decretum interpositum proponatur, minime id creditoribus praeiudicasse; sowie L. 13. pr. in f. D. ibid. 4, 4: — causa enim cognita et praesentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt.

L. 68. D. cit. — Ulpianus [libro VIII. Disputationum.] — Ad peremtorium edictum hoc ordine venitur, ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum,

L. 69. cit. Idem [libro IV. de omnibus Tribunalibus.] — — per intervallum non minus decem dierum;

L. 70. cit. Idem [libro VIII. Disputationum.] — — et tertium. Quibus propositis tunc peremtorium impetret, quod inde hoc nomen sumsit, quod perimeret disceptationem, hoc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari;

indem die hervorgehobenen Worte nach seiner Meinung voraussetzen, daß der Beklagte früher einmal anwesend gewesen sei. Diese Bemerkung scheint mir auch an und für sich richtig zu sein; denn wäre an einen Fall der einfachen Absentia gedacht, so würde es wohl kurzweg absente adversario heißen, und ebensowenig würde alsdann von einem tergiversari die Rede sein. Indessen kann aus der Voraussetzung, der Beklagte sei ursprünglich anwesend gewesen, noch keineswegs die weitere Voraussetzung gefolgert werden, er sei nun auch bis zur Litiscontestation anwesend geblieben.

Unabhängig von den bisherigen Gründen der älteren Schriftsteller hat neuerdings Stieber [6]) dieselbe Meinung mit ganz anderen zu beweisen gesucht. Zunächst beruft er sich darauf, daß unser Verfahren im Titel de iudiciis stehe, nicht aber im Titel de in ius vocando. Aber diese Bemerkung ist theils einseitig, indem sich späterhin ergeben wird, daß dasselbe noch in manchen andern Titeln vorkommt;

---

6) l. c. pag. 34 sqq.

theils beweist sie nicht entfernt, daß jenes Verfahren nun auch in iudicio, d. h. nach der Litiscontestation, nicht aber bei Einleitung des Verfahrens, vor sich gegangen sei. Denn die ganz überwiegende Mehrzahl der Stellen des Titels de iudiciis handelt entschieden vom Verfahren vor der Litiscontestation; auch hat der Titel de in ius vocando nur die private Vocation im Auge, so daß wir die öffentliche füglich an einem andern Platze erwarten dürfen.

Sodann wird angeführt:

Paulus Rec. Sent. Lib. V. tit. 5a. §. 7: Trinis litteris vel edictis, aut uno pro omnibus dato, aut trina denunciatione conventus, nisi ad iudicem, a quo ei denunciatum est, aut cuius litteris vel edictis conventus est, venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum iudicatarum obtinet, quin immo nec appellari potest ab ea.

Aber die Erwähnung des Judex kann in dieser Stelle nicht auf den Privatrichter bezogen werden, da derselbe ja selbst die Edicte und Litterä erlassen soll, und wir aus andern Stellen wissen [7]), daß dies vom Prätor geschah [8]).

Hierauf folgt:

> L. 2. C. quom. et quando iudex etc. 7, 43. Imp. **Gordianus** A. **Severo**. — Cessante quoque causa peremtorii edicti, adversus eos, qui admoniti iudicio adesse noluerunt, sententiam a iudice posse ferri certum est (238).

---

7) Vgl. oben Note 2.

8) Eine andere Meinung, welche in unserer Stelle wenigstens bei den denunciationes an den Privatrichter denkt, braucht erst weiter unten (§. 17.) berücksichtigt zu werden.

Ich gebe zu, daß in dieser Stelle unter **iudicium** das Verfahren vor dem Judex datus gemeint ist; auch läßt sich aus der Voraussetzung **cessante quoque causa peremtorii edicti** durch ein Argumentum a contrario möglicher Weise folgern, daß jene **causa** auch während des **iudicium** habe eintreten können. Indessen wäre diese Folgerung eben nur möglich; schlüssig ist sie um deswillen nicht, weil sich der Gegensatz zwischen der **causa edicti** und dem **iudicium** in mancherlei Anderem, namentlich auch in dem Umstande finden läßt, daß die Erstere nur in Jure vorhanden gewesen sei. Hiernach würde aber der Grund, weshalb sie cessirte, gerade umgekehrt darin liegen, daß es schon zum Judicium gekommen war; und diese Erklärung ist sogar die wahrscheinlichere. Denn nach derjenigen Stieber's müßte an einen ganz besonderen Fall gedacht sein, wo aus Gott weiß welchem Grunde [9]) das regelmäßiger Weise im Judicium eintretende Edictenverfahren unanwendbar wäre; der Schluß mit **certum est** weist aber darauf hin, daß der Kaiser etwas ganz Gewöhnliches und Bekanntes im Sinne hat.

Endlich wird von Stieber noch die allgemeine Bemerkung hinzugefügt, daß zufolge des Gajus Comment. **III.** §. **180.** nach der Litiscontestation immer eine Verurtheilung oder eine Freisprechung habe eintreten müssen; aber der Causalnexus, in welchem dieser Umstand mit unserer Frage stehen soll, ist mir nicht ersichtlich geworden.

Bei dieser Schwäche der Argumente, welche man für

---

[9]) Zimmern a. a. O. §. 136. Note 8. findet in unserer Stelle freilich den allgemeinen Rechtssatz, daß das Edictum peremtorium, welches er ebenfalls in das Judicium versetzt, auch durch eine specielle Aufforderung habe vertreten werden können; allein das „cessante — causa" möchte schwerlich mit dieser Interpretation zu vereinigen sein.

die bisher besprochene Meinung beigebracht hat, wird es genügen, zur Widerlegung Folgendes hervorzuheben.

Die behauptete Einmischung des Prätors in das Judicium würde dem Character des römischen Processes aufs Entschiedenste widersprechen. Denn nachdem der Magistrat dem Judex die Befugniß zu richten ertheilt hat, und nachdem sich die Parteien durch die Litiscontestation seinem Urtheile unterworfen haben, so handelt er vollkommen unabhängig und selbstständig; und der Prätor tritt nur ganz ausnahmsweise dazwischen, z. B. wenn eine Translation des Judicium, und mithin eine Veränderung der Formel, erforderlich geworden ist. In dem Ausbleiben einer Partei liegt nun aber gewiß kein Grund für eine derartige außerordentliche Rechtshülfe durch den Prätor; und vollends ist es unbegreiflich, weshalb die Willkür oder das Verschulden des ausbleibenden Theiles dem Judex sogar das Urtheil, dessen Abgabe ihm bereits rechtsgültig übertragen war, wieder entziehen und dem Magistrate zutheilen sollte. Mochte auch der Prätor die Ladungen vornehmen, so hätte er, wenn dieselben fruchtlos blieben, nun doch keineswegs selbst entscheiden dürfen, sondern er mußte die Sache an den bereits bestellten Judex zur einseitigen Untersuchung und Abgabe eines Contumacialurtheiles zurückgeben.

Ferner kennen die Pandektenstellen, welche unzweifelhaft vom Ausbleiben des Beklagten nach der Litiscontestation handeln, als den regelmäßigen nur den Weg, daß der Judex demungeachtet untersucht und entscheidet; ausnahmsweise mag er allenfalls das Verfahren aussetzen und einen neuen Termin anberaumen.

L. 27. §. 2. D. de liberali causa 40, 12.

L. 31. §. 2. D. de negotiis gestis 3, 5.

L. 60. D. de re iudicata 42, 1.

L. 28. pr. D. de appellat. 49, 1.

In diesen Beschreibungen liegt aber ein doppelter Gegenbeweis. Zunächst ist es unmöglich, daß Stellen, welche sich, wie die erste und dritte, ex professo mit jenem Falle beschäftigen, der ganzen Dazwischenkunft des Prätors mit keinem Worte erwähnen sollten, wenn eine solche Einrichtung wirklich existirt hätte. Sodann heißt es ausdrücklich, daß das Urtheil vom Judex abgegeben werde, während es nach der entgegenstehenden Ansicht ja vom Prätor gesprochen sein müßte.

Einen nicht minder directen Gegenbeweis enthalten die bereits Note 5 abgedruckten Pandektenstellen:

> L. 13. pr. in f. und L. 29. §. 2. D. de minoribus 4, 4.

Unter dem Contumacialverfahren, welches nach diesen Stellen wider die abwesenden Gläubiger des Minderjährigen durch Evocation von Seiten des Prätors eingeleitet wird, kann absolut nichts Anderes verstanden werden, als unser Contumacialproceß; derselbe findet aber offenbar im Eingange des Verfahrens statt.

Endlich mag noch angeführt werden:

> L. 73. §. 2. D. de iudiciis 5, 1. Ulpianus [libro IV. de omnibus Tribunalibus]. — Circumducto edicto videamus, an amplius reus conveniri possit, an vero salva quidem lis est, verum instantia tantum edicti periit? Et magis est, ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit.

Der Kläger soll, wenn er seinerseits in dem anberaumten Termine ausbleibt, nur die Instanz verlieren, indessen eine neue Klage erheben können. Letzteres wäre jedoch unmöglich, wenn die Edicte erst nach der Litiscontestation erlassen wür-

den. Denn zur Zeit des Formularprocesses enthielt die Litiscontestation eine **novatio necessaria**, und der neuen Klage würde **exceptio rei in iudicium deductae** entgegengestanden haben; während die alte mittelst der Proceßverjährungen ein baldiges Ende fand.

Hiermit darf ich es wohl als bewiesen annehmen, daß unser Verfahren nur vor der Litiscontestation stattfinden konnte.

§. 17.

Fortsetzung.

Auf diesem Gebiete würden zunächst wieder die Mittelmeinungen in Betracht kommen, welche das Contumacialverfahren mit den Missionen in Verbindung setzen. Es soll alsdann angewandt sein, um das Vorhandensein der Latitatio [1], oder die Desertion der Cautio Judicio sisti, oder auch Beides [2] unzweifelhaft festzustellen; oder es soll dem Kläger ein Wahlrecht zugestanden haben, so daß er je nach Belieben, namentlich im Falle des Vadimonium desertum entweder um eine Missio, oder um eine definitive Entscheidung nachsuchen durfte [3].

Indessen haben sich diese Meinungen niemals eines bedeutenden Anhanges erfreut; und ich halte es daher nicht

---

[1] Raevardus, Protribunalia c. 2. — Aehnlich verbindet Heffter a. a. O. §. 320. das Contumacialverfahren mit der missio in bona absentis. Vgl. darüber §. 18. Note 25.

[2] Vulteius, de Iudiciis Lib. II. c. 6. (pag. 358).

[3] Schweppe, Röm. Rechtsgeschichte. §. 556. gegen Ende. — Zeuger a. a. O. S. 78 ff.

für erforderlich, den Leser mit einer weitläuftigen Gegenargumentation aufzuhalten.

Die Schriftsteller, welche das Contumacialverfahren der Missio cum Effectu Venditionis vorhergehen lassen, führen kein positives Gesetz für diese Verbindung an; die bloße Vermuthung, welche ihrer Ansicht zu Grunde liegt, scheint mir aber bereits hinlänglich durch dasjenige widerlegt zu sein, was im §. 14. über den Geschäftsgang und die Wirkung jener Missionen gesagt worden ist.

Die zuletzt angeführte Meinung, nach welcher dem Kläger das Wahlrecht zusteht, fußt auf **L. 8. C. quomodo et quando iudex 7, 43.** Allein dieses Gesetz ist schon deßhalb nicht maßgebend, weil es aus einer späteren Zeit, nämlich von Diocletian, herrührt; dazu kommt aber hauptsächlich, daß es bei Weitem enger verstanden werden muß und einen speciellen Fall im Auge hat [4]. Hiervon abgesehen, ist jene Meinung abermals nichts, als bloße Vermuthung; und sowenig ich läugnen will, daß ein Fall practisch so geeigenschaftet sein konnte, um dem Kläger jene Wahl möglich zu machen, so wird man doch zugeben müssen, daß damit das Wesen der Sache nicht getroffen sein kann. Wenigstens würden uns die römischen Juristen die merkwürdige Einrichtung, wonach die Anwendung entweder der Missio, oder des Contumacialverfahrens von Rechtswegen lediglich auf das Belieben des Klägers gestellt war, gewiß nicht durch ein vollkommenes Stillschweigen vorenthalten haben.

Ich wende mich daher sofort zu derjenigen Theorie, welche gegenwärtig die herrschende ist und daher einer genaueren Erörterung unterzogen werden muß. Dieselbe un=

---

[4]) Die genauere Interpretation dieser Stelle folgt im §. 22.

terscheidet zwischen dem ordentlichen Processe und dem Verfahren extra Ordinem; in jenem soll der Beklagte durch die Missionen zur Einlassung auf die Klage gezwungen sein, in diesem soll das Contumacialverfahren zur Entscheidung der Sache geführt haben [5]).

Bei dieser Theorie müssen wir zunächst das Verdienst anerkennen, unser Verfahren, nachdem es entschieden vor die Litiscontestation gestellt worden war, nun auch von allen Vermischungen mit der Missio in Bona rein erhalten zu haben; diese Vorzüge haben ihr mit Recht Beifall verschaffen können.

Außerdem hat sie wieder eine schwache und eine starke Seite.

Die schwache Seite der herrschenden Theorie besteht darin, daß es ihr nicht allein an allen positiven Quellenzeugnissen gebricht, sondern daß wir ihr auch von vornherein, ich möchte fast sagen, die Verlegenheit ansehen, welcher sie zum guten Theil ihre Entstehung verdanken mag. Man ging einmal von dem Grundsatze aus, daß die Kläger das Gut aller abwesenden Indefensi in Besitz nehmen und im Wege der Execution verkaufen dürften. Mit dieser Vorstellung ließ sich aber das Contumacialverfahren schlechterdings nicht in Einklang bringen. Denn stand den Klägern jene enorme Befugniß zu, so war nicht abzusehen, weshalb sie sich auf weitläuftige Citationen hätten einlassen, Beweise führen, und wenn diese für genügend erachtet wurden, — was

5) Vgl. Stieber l. c. p. 36 in f. p. 37. — Hauptsächlich Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 287 ff. — Rein a. a. O. S. 491. — Rudorff, Grundriß u. s. w. §. 89. B. — Puchta a. a. O. §. 176. — Wetzell a. a. O. S. 192. Note 1. — Vgl. auch Heffter a. a. O. §. 320.

gar nicht immer der Fall war — schließlich doch nur soviel hätte erlangen sollen, als ihnen von Rechtswegen zukam; sondern es wäre ungleich vortheilhafter für sie gewesen, lieber des Gegners Hab und Gut binnen sechszig Tagen zu verkaufen, und, hierdurch gegen alles fernere Processiren gesichert, den etwaigen Mehrbetrag als einen billigen Lohn für die gehabte Mühewaltung einzustecken. Dem Contumacialverfahren fehlte mithin im eigentlichen Sinne der Platz, auf welchen man es hätte stellen können; und da nun bei der Cognitio extraordinaria wenigstens keine speciellen Nachrichten entgegenzustehen schienen, so mußte es sich bequemen, einstweilen auf dieser Terra incognita untergebracht zu werden.

Die starke Seite jener Theorie liegt dagegen in ihrer negativen Richtung. Um dieselbe zu widerlegen, können wir nicht wieder negativ verfahren und etwa behaupten, daß der Ungehorsamsproceß bei den extraordinären Cognitionen nicht stattgefunden habe; sondern wir werden unsrerseits sofort den positiven Beweis übernehmen müssen, daß er im ordentlichen Proceßgange ebensowohl zur Anwendung gekommen sei.

Indessen, wir wollen sehen.

Zunächst leidet die herrschende Meinung an einer erheblichen Inconsequenz. Man ist darüber einverstanden, daß das Verfahren extra Ordinem im Allgemeinen demjenigen des Ordo Judiciorum privatorum entsprach und nachgebildet war; weshalb soll nun aber der Ungehorsam gegen einen Befehl des Magistratus in der einen Art des Verfahrens zur Bonorum Venditio [6]), in der andern zu einem Contumaci-

6) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 281. Note 9. — Hiernach soll im Ordo Judiciorum privatorum auch dann, wenn der Beklagte in Jure erschienen ist, aber den Proceß nicht übernehmen will, die Venditio eintreten; und ich darf mich auf dieses Allegat berufen,

alerkenntnisse führen? Die gleiche Ursache müßte ja wieder die gleiche, nicht aber eine völlig verschiedene Wirkung hervorbringen. Die Vorstellung, als habe der Beklagte gleichsam ein **ius quaesitum** auf einen Privatrichter gehabt, ein so unumstößliches **ius quaesitum**, daß die aus der Machtvollkommenheit des Magistratus herfließende Consequenz darüber hätte zurücktreten müssen, diese Vorstellung darf nicht entgegengehalten werden, da sie erst selbst wieder aus der angefochtenen Theorie hervorgegangen ist. Aber von einer derartigen Petitio Principii abgesehen, giebt es keine ausreichende, quellenmäßig fundirte Erklärung.

Die nämliche Inconsequenz zeigt sich, wenn wir die Sache aus dem Standpuncte der Parteien betrachten. Warum soll der Kläger, welcher im regelmäßigen Proceßgange zu klagen wünscht, mit dem Rechte des Güterverkaufs ausgerüstet sein, derjenige aber, dessen Anspruch sich zur Cognitio extraordinaria eignet, ohne Weiteres auf die Contumacialprocedur verwiesen werden? Im letzteren Falle kann ja der Beklagte völlig ebensowohl latitiren, oder das Vadimonium verlassen; ist dies aber möglich, so muß er auch der Bonorum Venditio unterworfen werden. Freilich ist Bethmann-Hollweg wenigstens in Betreff des Vadimonium

---

denn es ist für uns natürlich gleich, ob sich der Ungehorsam gegen den Magistrat vor dem Erscheinen in Jure, oder nach demselben, aber ante litem contestatam ereignet. — Was freilich die erste Einleitung betrifft, so ist es eine natürliche Consequenz der angefochtenen Theorie, daß magistratische Ladungen wiederum nur beim außerordentlichen Verfahren, nicht aber beim ordentlichen vorgekommen sein sollen; vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 230. Note 50; S. 253 zu Note 17, S. 287, und diese Consequenz kann daher nur mit der Hauptsache zusammen widerlegt werden.

consequent genug, zu behaupten, daß dasselbe im außerordentlichen Verfahren gar nicht vorgekommen sei [7]. Aber es ist dies abermals eine unbewiesene Voraussetzung; weder die Edicte des Prätors, noch die Commentare der römischen Juristen kennen bei der Latitatio oder bei der Cautio Judicio sisti einen Unterschied, je nach der Beschaffenheit des künftigen Klaganspruches, und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb sie jene wichtige Ausnahme von den aufgestellten Regeln beständig hätten verschweigen sollen.

Dies führt uns auf die genauere Betrachtung unserer Quellen. Ich will zwar durchaus nicht behaupten, im Besitze sämmtlicher Stellen zu sein, welche von dem Contumacialverfahren handeln; aber es sind mir, allein in den Pandekten, folgende bekannt [8]:

L. 1. pr. §. 1. D. de feriis et dilationibus 2, 12.
L. 7. D. de in integr. restitutionibus 4, 1.
L. 13. pr. in f.; L. 29. §. 2. D. de minoribus XXV annis 4, 4.
L. 55. L. 68—75 D. de iudiciis 5, 1.
L. 1. §§. 2 et 3. D. de inspiciendo ventre 25, 4.
L. 7. §. 3. D. de suspectis tutoribus 26, 10; vgl. mit L. 39. §. 7. D. de procurator. et defens. 3, 3.

---

7) a. a. O. S. 248.

8) Eine Reihe fernerer Stellen, bei denen sich die Beziehung auf das Contumacialverfahren vor der Litiscontestation aus dem einen oder andern Grunde wenigstens bezweifeln ließe, ist hierbei unberücksichtigt geblieben, z. B. L. 8. D. de minoribus 4, 4. — L. 17. §. 1. D. de inoff. test. 5, 2; vgl. mit L. 14. §. 1. D. de appellat. 49, 1. — L. 45. §. 2. D. de re iudicata 42, 1. — L. 25. D. de lege Cornelia de falsis 48, 10. — L. 1. §. 15. D. quando appellandum sit 49, 4, und mehrere andere.

L. 26. §§. 7—11; L. 27; L. 28; L, 30; L. 36; L. 47. §. 2: L. 51. §. 4 sqq. D. de fideicommiss. libert. 40, 5.
L. 47. §. 1; L. 53; L. 54; L. 59. §. 3. D. de re iudicata 42, 1.
L. 5. pr. D. de poenis 48, 19.
L. 23. §. 3. D. de appellationibus 49, 1.
L. 7. §. 1. D. de appell. recip. vel non 49, 5. [9])
L. 1. §. 3. D. quae sententiae sine appell. 49, 8.
L. 15. §. 2. et 4; L. 42. §. 1; vgl. auch L. 1. §. 3. D. de iure fisci 49, 14.

Rechnet man diese Fragmente zusammen, so werden sie einen bedeutend größeren Raum einnehmen, als der ganze Digestentitel de extraordinariis cognitionibus 50, 13. Nun ist es gewiß nicht wahrscheinlich, daß die Compilatoren einen dermaßen vereinzelten Punct, wie das Ungehorsamsverfahren der Cognitio extraordinaria, mit einer so unverhältnißmäßigen Vorliebe bedacht haben sollten. Diese Erscheinung wäre höchstens dann erklärlich, wenn jenes Verfahren wenigstens im Justinianeischen Rechte die allgemeine Regel gebildet hätte; aber dies soll ja wiederum nicht der Fall sein, vielmehr sol-

---

9) Die Stelle lautet zwar sehr allgemein: Item si ex perpetuo Edicto aliquid decernatur, id quominus fiat, non permittitur appellare; indessen wird sie schon von der Glosse auf L. 23. §. 3. D. de appell. 49, 1, also auf das Contumacialverfahren, bezogen, und sie läßt sich in der That nicht anders beziehen, denn die Appellation ist ja keineswegs gegen alle Entscheidungen ausgeschlossen, welche unter Berufung auf das Edictum perpetuum abgegeben werden. Auch wäre es sehr möglich, daß das „perpetuo" einem Schreibfehler, oder der falschen Auflösung einer Sigle seinen Ursprung verdankt, und Paulus vielmehr ex peremtorio edicto geschrieben hat.

len hier, wie Bethmann-Hollweg[10]) sich ausdrückt, die Grundsätze des Ordo Iudiciorum privatorum und der Cognitio extraordinaria nur erst als Bestandtheile eines neuen Contumacialverfahrens erscheinen, ohne daß diese widerstreitenden Elemente überall gehörig verbunden wären.

Ferner beziehen sich unter den angeführten Fragmenten diejenigen in den Titeln **de minoribus, de inspiciendo ventre, de suspectis tutoribus, de fideicommissariis libertatibus** und **de iure fisci** allerdings auf ein außerordentliches Verfahren; aber in diesen Fällen ist der Contumacialproceß ruhig in seinem ursprünglichen Zusammenhange verblieben. Warum ließen nun die Compilatoren die übrigen Fragmente, also die große Mehrzahl, nicht ebenfalls an ihrem anfänglichen Platze, nämlich bei der Cognitio extraordinaria, stehen; warum zerstreuten sie dieselben durch alle möglichen Titel; warum wiesen sie ihnen die Hauptstelle gerade in denjenigen Titeln an, welche die allgemeinen Grundregeln des gerichtlichen Verfahrens überhaupt enthalten, in den Titeln **de iudiciis** und **de re iudicata**?

Schon hiernach dürften wir jene Unterscheidung gewiß nicht anders annehmen, als wenn wir wenigstens irgendwo einer Wendung begegneten, welche auf dieselbe hinwiese. Aber wir finden nirgends auch nur die leiseste Andeutung dieser Art; sondern wo unser Verfahren nicht etwa beiläufig erwähnt wird, da treten sämmtliche Stellen durchaus so auf, als ob sie eine allgemeine Regel geben wollten. Vor allen Dingen kommt in dieser Beziehung die **L. 68—75. D. de iudiciis 5, 1** in Betracht. Da der Abdruck derselben zu lang sein würde, so bitte ich, beispielsweise ferner zu vergleichen:

---

10) a. a. O. S. 290 oben.

L. 53. D. de re iud. Hermogenianus [libro I. iuris Epitomarum]. — Contumacia eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur. §. 1. Contumax est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremtorium appellatur, litteris evocatus praesentiam sui facere contemnet. §. 2. Poenam contumacis non patitur, quem adversa valetudo, vel maioris causae occupatio defendit. §. 3. Contumaces non videntur, nisi qui, quum obedire deberent, non obsequuntur, id est, qui ad iurisdictionem eius, cui negant obsequi, pertinent.

L. 54. D. ibid. Paulus [libro I. Sententiarum]. — Contra pupillum indefensum, eumque, qui reipublicae causa abest, vel minorem viginti quinque annis, propositum peremtorium nihil momenti habet.

Hermogenian und Paulus wollen in kurzen Zügen die Grundregeln des Contumacialverfahrens angeben. Diese Absicht geht nicht allein aus der ursprünglichen Stellung unserer Fragmente, in einem Liber Epitomarum und resp. Sententiarum, sondern auch aus der ganzen Fassung und dem Inhalte derselben hervor. Hermogenian erwähnt eben deshalb verschiedener Nebendinge nicht, z. B. daß der Contumax möglicher Weise freigesprochen werden kann [11]), oder daß drei Denunciationen den Litterä und Edicta in der Wirkung gleichgestellt sind [12]). Gesetzt einmal, der Contumacial-

---

11) L. 73. pr. D. de iudiciis 5, 1.

12) Paullus, Rec. Sent. Lib. V. Tit. 5a. §. 7. — L. 9. C. quomodo et quando iudex 7, 43.

proceß wäre im Verfahren extra Ordinem unstatthaft gewesen, so würde es hiernach sehr möglich sein, daß auch diese Ausnahme unberührt geblieben wäre. Aber unmöglich ist es, daß jener ganze Proceß eben nur in den Ausnahmsfällen der Cognitio extraordinaria statthaft gewesen wäre, und die römischen Juristen demungeachtet in so allgemeinem Tone von ihm reden sollten!

Diese Bemerkungen werden hoffentlich dazu beitragen, den nachfolgenden specielleren Beweisstellen eine unbefangene Prüfung zu sichern.

Zunächst ist nämlich zu berücksichtigen:

> **Paulus Rec. Sent. Lib. V. Tit. 5 a. §. 7. — Trinis litteris vel edictis, aut uno pro omnibus dato, aut trina denunciatione conventus, nisi ad iudicem, a quo ei denunciatum est, aut cuius litteris vel edictis conventus est, venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum iudicatarum obtinet, quin immo nec appellari potest ab ea.**

Da die Litterä und Edicta vom Prätor ausgehen, so steht so viel fest, daß der Ausdruck „iudex" denselben jedenfalls mit umfassen muß.

Im Uebrigen verstehen nun Bethmann-Hollweg[13]) und Puchta[14]) den Paulus so, daß sie die denunciationes auf das Verfahren vor dem Judex datus nach der Litiscontestation beziehen. Die Stelle handelt nach ihnen so-

[13]) a. a. O. §. 26. Note 34.

[14]) a. a. O. §. 174. zu Note cc. — Ebenso Wetzell a. a. O. S. 192. Note 1. — Gegen diese Auslegung hat sich erklärt Asverus, die Denunciation der Römer S. 140. Note 36; vgl. S. 141. Note 40.

wohl von der Citation des Prätors in einer Cognitio extra-ordinaria, als auch von der Ladung vor den Judex des Ordo Judiciorum privatorum. Da sie nun, ähnlich der so eben abgedruckten Stelle Hermogenians, wiederum ganz allgemein auftritt, so würde sie freilich nach dieser Auslegung fast den Beweis liefern, daß auch in den andern Stellen auf die scheinbar allgemeine Darstellung nicht viel zu geben sei.

Indessen wird man einräumen müssen, daß jene Interpretation eine gezwungene ist. Paulus soll mit dem einen Worte **conventus**, welches er im Eingange sowohl auf die **edicta**, als auf die jenen durch die Verbindung mit **aut** gleichgestellten **denunciationes** bezieht, nicht allein den regelmäßigen, technischen Begriff der Klagerhebung, sondern daneben noch den einer Anmahnung für das Judicium verbinden; er soll unter dem einen Worte **iudex** zwei völlig verschiedene Richter, den Prätor und den Privatrichter, verstehen; er soll auch im Uebrigen ein Paar nach Art und Lage des Processes weit auseinanderliegende Fälle in die engste Satzverbindung zusammenfassen, — und zwar Alles dies, ohne die dabei obschwebenden wesentlichen Verschiedenheiten nur im Geringsten anzudeuten!

Fragen wir nach den Gründen, welche diese gewaltsame Auslegung nothwendig machen könnten, so ist es von unserem Standpunkte aus eine Petitio Principii, wenn Wetzell a. a. O. dieselbe gegen den Widerspruch von Asverus a. a. O. damit rechtfertigt, daß die Denunciationen im Gegensatze zu den Edicten ständen, letztere aber vom Magistrate ausgingen und nur im Verfahren extra Ordinem vorkämen. Ferner beruft sich Bethmann-Hollweg a. a. O. auf den Umstand, daß es in der **L. 2. C. quo-**

modo et quando iudex 6, 43. [15]) heißt, der Judex könne Abwesende verurtheilen, wenn dieselben **admoniti** iudicio adesse noluerunt. Aber in dem Worte admoniti liegt an und für sich wohl nur das Erforderniß, daß den Parteien die Gerichtszeit bekannt gemacht werden muß [16]); dagegen würde ich bedenklich sein, jenen Ausdruck mit Bethmann-Hollweg gerade auf eine dreimalige Denunciation zu beziehen, zumal die Seite 130 und 131 allegirten Pandektenstellen, welche ebenfalls von dem Ausbleiben einer Partei nach der Litiscontestation handeln, von der Nothwendigkeit einer dreimaligen Denunciatio vor Abgabe des Contumacialurtheils durchaus nichts wissen. [17]) Allein selbst zugegeben, daß eine solche Einrichtung zur Zeit der classischen Juristen bestanden hätte [18]),

---

15) Die Stelle ist bereits Seite 128 abgedruckt worden.

16) Vgl. etwa L. 4. C. quomodo et quando iudex 7, 43.

17) Auch würde man, nach Analogie der L. 5 pr. in f. D. de poenis 48, 19. (siehe S. 153) und der L. 47. §. 1. D. de re iud. 42, 1. (siehe S. 157) wohl erwarten dürfen, daß **Gordian** das Erforderniß einer **mehrmaligen** Denunciation, falls dasselbe wirklich existirte, durch ein hinzugefügtes saepe oder saepius wenigstens angedeutet, nicht aber vollständig übergangen hätte. Das ganze Rescript bezieht sich auf einen Fall, in welchem die Befugniß des Judex zur Abgabe eines Contumacialurtheils bestritten war; und der Kaiser war daher vollkommen veranlaßt, in der von ihm aufgestellten allgemeinen Regel die Voraussetzungen, unter welchen dem Richter jene Befugniß zustand, nun auch mit Genauigkeit anzugeben.

18) Unter **Justinian** findet zwar auch nach der Litiscontestation eine dreimalige richterliche Ladung des ausbleibenden Theiles statt, bevor ein Urtheil abgegeben werden kann, L. 13. C. de iudiciis 3, 1; indessen würde es mindestens gewagt sein, aus dieser Einrichtung auf die Nothwendigkeit einer dreimaligen Denunciatio für die classische Zeit zu schließen.

so würde hieraus noch nicht im Mindesten folgen, daß Paulus nun ebenfalls an Denunciationen dieser Art denken müsse.

Endlich wird von Puchta bei einer andern Gelegenheit [19]) bemerkt, daß die Denunciation „eigentlich" eine Entbietung des Gegners vor den Judex sei. Lassen wir jedoch die gegenwärtig fragliche Stelle aus dem Spiele, so scheint mir diese Ansicht der genügenden Begründung zu entbehren.

Allerdings kommt bei der Legis Actio per Sacramentum eine (einmalige) Denunciatio vor, um den Gegner zum Erscheinen vor dem Judex aufzufordern;

> **Gai. Comment IV. §. 15:** — postea tamen, quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant;

allein es folgt hieraus schon an und für sich nicht, daß die Denunciatio in Processen auf diese Anwendung beschränkt sei. Sieht man nun auch von dem ungemein ausgedehnten Gebrauche ab, den die Römer in sonstigen Verhältnissen von den Denunciationen machen [20]), so heißt es doch bei Gajus:

> **Gai. Comment. IV. §. 18:** Et haec quidem actio proprie condictio vocabatur, nam actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX. adesset. nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus, dare nobis oportere: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

---

19) a. a. O. §. 160. Note p.

20) Vgl. etwa das Verzeichniß von Anwendungsfällen, welches Asverus a. a. O. S. 68—91 zusammengestellt hat.

Die hier erwähnte Denunciatio bezieht sich aber auf das Erscheinen in Jure. Denn sie bildet die erste Einleitung der Legis Actio per Condictionem; auch wird der Judex, behuf dessen Wahl die Denunciatio stattfindet, zwar unter Mitwirkung der Parteien, aber doch vom Magistrate gegeben. Und wenn Gajus in dem letzten Theile der Stelle hinzufügt, daß eo nomine, nämlich damit der Gegner ad iudicem capiendum die XXX adesset, nicht mehr denunciirt werde, so erklärt sich diese Bemerkung aus dem Untergange der Legis Actio per Condictionem zur Genüge; dagegen würde sie keineswegs zu dem Schlusse berechtigen, daß es zur Zeit des Gajus überhaupt keine Denunciationen behuf der Einleitung eines Processes gegeben habe.

Indessen ist die Geschichte dieser Form der Klageinleitung bekanntlich sehr wenig aufgeklärt: und es würde viel zu weit führen, an diesem Orte den positiven Nachweis zu versuchen, daß dieselbe bei verschiedenen andern Gelegenheiten fortwährend in Uebung geblieben sei. [21]) Vielmehr mag es für unsern Zweck genügen, das ebenfalls zur Zeit des Gajus, nämlich unter Hadrian, erlassene Senatusconsultum Juventianum zu allegiren, an dessen Schlusse es heißt:

L. 20. §. 6. D. de hered. pet. 5, 3. Ulpianus [libro XV. ad Edictum.] — PETITAM AU-

21) Namentlich rechne ich die Litisdenunciatio in Evictionsfällen hierhin, welche nichts anderes war, als der erste Act der Klage, welche der Käufer gegen seinen Auctor auf Defension wider den Vindicanten anstellte. Die genauere Begründung muß freilich einem anderen Orte vorbehalten bleiben; vgl. indessen auch Heise und Cropp, Jurist. Abhandl. Bd. I. S. 230. — Heffter a. a. O. S. 610. Note 41. — Huschke a. a. O. S. 184. — Rudorff in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. Bd. XIV. S. 432.

TEM FISCO HEREDITATEM EX EO TEMPORE EXISTIMANDUM ESSE, QUO PRIMUM SCIERIT QUISQUE EAM A SE PETI, ID EST, CUM PRIMUM AUT DENUNTIATUM ESSET EI, AUT LITTERIS VEL EDICTO EVOCATUS ESSET CENSUERUNT.

Die als etwas Bekanntes vorausgesetzte Denunciatio wird in diesem Gesetze ebensowohl, wie die Litterä und Edicta, auf die erste Einleitung des Verfahrens bezogen; auch darf bei der officiellen Erwähnung derselben gewiß nicht mit Zimmern[22]) an eine in das Belieben der Parteien gestellte gütliche Privatbenachrichtigung oder Verabredung gedacht werden, sondern es ist offenbar ein eigentlicher, der richterlichen Ladung gleichstehender, Rechtsact gemeint. Wollte man aber das Senatusconsultum Juventianum vielleicht um deswillen für weniger erheblich ansehen, weil dasselbe sich auf fiscalische Processe bezog und bei diesen Processen ein außerordentliches Verfahren eingetreten sei, so würde dieses Hülfsmittel dadurch vereitelt werden, daß Paulus die Denunciation bei der Klage einer Privatperson, nämlich der Querela inofficiosi Testamenti, ebenfalls neben die Ueberreichung des Klaglibelles stellt, und zwar unter Berufung auf ein Rescript des (Antoninus) Pius.

L. 7. D. de inoff. test. 5, 2. Paulus [libro singulari de Septemviralibus iudiciis.] — Quemadmodum praeparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus; et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria, et aditio heredita-

22) a. a. O. §. 117. Note 2 und 3; vgl. mit §. 113. Note 2.

tis supervacua sit; is si comminatus tantum accusationem fuerit, vel usque ad denuntiationem, vel libelli dationem praecesserit, ad heredem suum accusationem transmittet; idque Divus Pius de libelli datione et denuntiatione rescripsit[23]).

Vergleicht man aber die Schlußworte des Senatusconsultes mit der durchaus analogen Zusammenstellung der Denunciationen, der Litterä und der Edicta in unserem Fragmente des Paulus, so möchte es schon hiernach unstatthaft erscheinen, bei dieser letzteren Zusammenstellung an ganz andere Denunciationen zu denken, als diejenigen, welche das Senatusconsult im Sinne hat.

Jedenfalls ist man, auf den Grund der folgenden Stelle des Aurelius Victor über den Kaiser Marc Aurel:

de Caesaribus Cap. XVI: Legum ambigua mire distincta, vadimoniorumque solemni remoto, denuntiandae litis opperiendaeque ad diem commode ius introductum;

darin einverstanden, daß die Denunciation wenigstens seit

---

23) Uebrigens legt auch Ulpian auf diesen Umstand durchaus kein Gewicht; sondern nachdem im §. 9. leg. cit. ganz allgemein gesagt ist: In privatorum quoque petitionibus Senatusconsultum locum habere nemo est, qui ambigit, licet in publica causa factum sit, so werden nach einem kurzen Zwischensatze im §. 11. leg. cit. die Worte id est, cum primum aut denuntiatum esset ausführlich erläutert, ohne daß bei dieser Erläuterung irgendwie angedeutet würde, es sei die Denunciatio zur Zeit Ulpian's, oder wenigstens zur Zeit der Einführung des Senatusconsultes, eine dem fiscalischen Processe eigenthümliche Einrichtung gewesen.

dieser Zeit eine häufige Form der Klagerhebung bildete [24]);

---

24) Uebrigens darf man aus dieser Stelle gewiß nicht folgern, daß es vor Marc Aurel keine Denunciationen behuf der Einleitung einer Klage gegeben habe. Bei dieser Auffassung würde sie sich mit den allegirten L. 20. §. 6. D. de hered. pet. 5, 3. und L. 7. D. de quer. inoff. 5, 2. im Widerspruche befinden; und wir müßten den letzteren Stellen, von allem Anderen abgesehen, schon um deswillen den Vorzug geben, weil die historische Wahrscheinlichkeit gewiß eher dafür spricht, daß Marc Aurel ein bereits bestehendes Institut nur weiter ausbildete, als daß er ein früher bestandenes, aber untergegangenes (Gai. Comm. IV. §. 18.), unter der nämlichen Bezeichnung, aber in gänzlich veränderter Bedeutung, neu wieder eingeführt hätte (v. Savigny, Verm. Schriften II. S. 259). — Die Angabe des Victor ist rücksichtlich der Litisdenunciatio ebensowenig wortgenau, als sie es rücksichtlich der Aufhebung der Vadimonia ist; indem letztere bekanntlich noch bei Paullus in Coll. Legg. Moss. et Rom. Tit. II. cap. 6. und bei Ammianus Marcellinus Lib. XXX. cap. 4. n. 9. als practisch vorkommen. Der eigentliche Nachdruck scheint mir jedoch nicht sowohl auf dem Denunciiren überhaupt, sondern auf dem zur Erläuterung sofort hinzugefügten opperiendaeque ad diem zu liegen. Nach altrömischer Gerichtsverfassung war es nämlich durchaus nicht leicht, zur wirklichen Anstellung der Klage zu gelangen; man mußte nicht allein, mit Rücksicht auf die Proceßverjährung, den Antritt des neuen Magistratus abwarten, sondern es wurde auch nun erst durch das Loos entschieden, in welcher Reihenfolge die einzelnen Processe vorkommen sollten, die Richter saßen wieder nur zu bestimmten Zeiten des Jahres, und beim Centumviralgerichte stand es nicht selten noch weit ärger. Vgl. z. B. Juvenalis Sat. XVI, 42. — Servius ad Virg. Aeneid. II, 102. und VI, 431. — Cicero in Verr. Act. II. Lib. 2. cap. 15. — Gai. Comm. II. §. 279. — Suetonius Vespas. c. 10. — Siehe auch Keller, Ueber Litiscont. und Urtheil. S. 135 ff. In diesen Verhältnissen führte Marc Aurel bedeutende Verbesserungen herbei, namentlich durch Vermehrung der Gerichtstage (Capitolin. Marc. 10: Fastis dies iudiciarios addidit, ita ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret. Vgl. auch L. 1. pr. L. 2 et 7. D. de

und es steht also vollends nichts entgegen, sie in der Stelle des Paulus in diesem Sinne zu nehmen.

Hierzu kommt nun noch, daß die Anwendung der Denunciationen bei dem Contumacialverfahren auch von Ulpian entschieden auf den Zeitpunkt vor der Litiscontestation bezogen wird in:

L. 26. §. 7. D. de fideicommis. libert. 40, 5. Ulpianus [libro V. Fideicommissorum.] — Subventum libertatibus est Senatusconsulto, quod

---

feriis et dilat. 2, 12.). Die Parteien konnten, wahrscheinlich in Folge dieser Verbesserungen, von jetzt an mit Sicherheit darauf rechnen, an einem bestimmten Tage den Proceß zu eröffnen, und diese wichtige Neuerung ist es, welche dem Aurelius Victor im Sinne liegt. Der Termin, an welchem der Rechtsstreit begann, ist zwar nicht mit völliger Bestimmtheit zu ermitteln, jedoch betrug er nach dem Rechte des Theodosianischen Coder wenigstens nicht unter vier Monate; verstrich er unbenutzt, so konnte eine reparatio denuntiationis erlangt werden, und die neue Frist konnte sich ebenfalls bis auf vier Monate belaufen (Bethm.-Hollw. a. a O. S. 249 ff.). Einen heutigen Juristen wird es gewiß nicht wundern, wenn schon die Kaiser Arcadius und Honorius diese Fristen als ambages bezeichnen (L. 6. C. Th. de denunt. 2, 4: — ruptis denunciationum ambagibus); indessen werden sie nach dem ganzen Entwicklungsgange zur Zeit Marc Aurels, wo nicht länger, doch keinenfalls kürzer gewesen sein, als späterhin. Wenn Aurelius Victor demungeachtet die neue Einrichtung, im Gegensatze zu dem früheren Verfahren, als ein commodum ius bezeichnet, so haben wir uns die Verzögerungen, welche vor Marc Aurel stattfanden, gewiß als sehr beträchtlich vorzustellen; und eben hieraus erklärt es sich wieder, daß dieser Schriftsteller des vierten Jahrhunderts, zu dessen Zeit die Litisdenunciationen in voller Blüthe waren, jene regelmäßigen Fristen durchaus als die Hauptsache betrachten, und, zumal als Nichtjurist, darüber vergessen konnte, daß sonstige Litisdenunciationen schon vor Marc Aurel in Uebung gewesen waren.

factum est temporibus Divi Traiani sub Rubrio Gallo et Caelio Hispone Consulibus, in haec verba: SI HI, A QUIBUS LIBERTATEM PRAESTARI OPORTET, EVOCATI A PRAETORE ADESSE NOLUISSENT, SI CAUSA COGNITA PRAETOR PRONUNTIASSET, LIBERTATEM HIS DEBERI, EODEM IURE STATUM SERVARI, AC SI DIRECTO MANUMISSI ESSENT. — §. 9. Evocari autem a Praetore oportet eos, qui fideicommissam libertatem debent, ceterum nisi fuerint evocati, cessat Rubrianum Senatusconsultum; proinde denuntiationibus et edictis litterisque evocandi sunt;

sowie in der, Seite 153 abgedruckten,

L. 5. pr. D. de poenis 48, 19.

Endlich heißt es

L. 9. C. quomodo et quando iudex 7, 43. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Leontio. — Tres denuntiationes ad peremtorii edicti vicem adversus contumaces convalescere salubriter statutum est. (290.)

Sollen die drei Denunciationen, wie die Kaiser wörtlich sagen, die Stelle des peremtorischen Edictes vertreten, so müssen sie angewandt werden, um, gleich den Edicten, die Beklagten zum Erscheinen in Jure zu nöthigen. Allerdings weist nun der Schluß des Rescriptes (salubriter statutum est) darauf hin, daß die besondere Wirkung des Contumacialprocesses mit der dreimaligen Wiederholung der Denunciatio erst in Folge späterer Constitutionen verbunden sei; allein diese Wirkung konnte ihr zur Zeit des Paulus längst beigelegt sein, ja die soeben angeführten

Stellen Ulpians beweisen, daß dies in der That der Fall war.

Hiernach scheint es mir keinem Zweifel zu unterliegen, daß wir auch in unserem Fragmente des Paulus die denuntiationes, litterae und edicta nur von der Klagerhebung, also von dem Erscheinen in Jure, verstehen dürfen. Paulus characterisirt mit jenen drei Zusätzen die verschiedenen Arten der Ladung, während er dieselben in der unmittelbar vorhergehenden Stelle bei den Worten »saepe conventi« stillschweigend als bekannt voraussetzt:

> Paulus Rec. Sent. Lib. V. Tit. 5. a. §. 6 b; oder L. 47 §. 1. D. de re iudic 42, 1. — Qui apud fiscum causam defendere saepius conventi neglexerint, rebus iudicatis subiiciendi sunt: quod eo apparet, si saepe conventi praesentiam suam facere noluerint.

In dieser Weise aufgefaßt, liefert aber die Allgemeinheit der Regel, welche Paulus giebt, einen neuen Beweis dafür, daß eine Beschränkung unseres Verfahrens auf die Cognitio extraordinaria schwerlich angenommen werden darf.

Einen dringendern Gegenbeweis enthält jedoch:

> L. 1. pr. D. de feriis et dilationibus etc. 2, 12. Ulpianus [libro IV. de omnibus Tribunalibus.] — Ne quis messium vindemiarumque tempore adversarium cogat ad iudicium venire, oratione Divi Marci exprimitur, quia occupati circa rem rusticam in forum compellendi non sunt. §. 1. Sed si Praetor aut per ignorantiam, vel per socordiam evocare eos perseveraverit, hique sponte venerint, siquidem sententiam dixerit praesentibus illis et sponte litigantibus, sententia valebit, tametsi non recte fecerit, qui

eos evocavit. Si vero, quum abesse perseveraverint, sententiam protulerit etiam absentibus illis, consequens erit dicere, sententiam nullius esse momenti; neque enim Praetoris factum iuri derogare oportet. Et citra appellationem igitur sententia infirmabitur.

In dem letzten Theile des §. 1. ist entschieden von einer Contumacialsentenz die Rede. Das perseveraverit im Eingange dieses Paragraphen beweist, daß bei demselben an die Fortsetzung derjenigen Ladung gedacht werden muß, welche im Proömium erwähnt wurde; und im Proömium wird diese Ladung als ein Zwang bezeichnet, zum Judicium zu kommen.

Die Stelle zeigt nun zunächst, daß der Ausdruck ad iudicium venire, wie sich dies auch sonst findet[25]), nicht immer lediglich auf den Privatrichter bezogen wird, sondern in einer weitern Bedeutung zugleich das Erscheinen vor dem Prätor mit umfaßt. Aber Ulpian würde sich jenes Ausdrucks nicht bedient haben, wenn es sich ausschließlich um eine Cognitio extraordinaria handelte, und also überhaupt kein Judicium, sondern nur eine Verhandlung in Jure stattfinden sollte; unter dieser Voraussetzung würde es offenbar in ius venire heißen müssen. Der Umstand, daß der Prätor eine Sentenz abgeben soll, wenn die Beklagten freiwillig kommen, kann hierin um so weniger irre machen, da hier-

---

25) Cicero in Verr. Act. II. Lib. II. cap. XXIX. §. 71: Itaque hac una spe ad iudicium venitur. Quo posteaquam ventum est, — cognoscite hominis (scil. Verris) — improbitatem et audaciam; M. Petilium — iubet operam dare, quod rei privatae iudex esset etc. — Vgl. auch Keller, Ueber Litiscontestation und Urtheil. S. 65. Note 10.

unter auch Vorentscheidungen, namentlich über die Formel, verstanden sein können; allein selbst wenn man diesen Theil der Stelle von einer Cognitio extraordinaria verstehen zu müssen glaubt, so würde dadurch nichts gewonnen werden. Denn der anfängliche allgemeine Ausdruck ad iudicium venire würde demungeachtet nur möglich sein, wenn derartige Ladungen wenigstens an und für sich ebensogut, wie zur Cognitio, zum Judicium hätten führen können.

Was dieser Stelle vielleicht an Beweiskraft abgeht, wird ersetzt durch eine andere, welche entscheidet:

> L. 5. pr. D. de poenis 48, 19. Ulpianus [libro VII. de officio Proconsulis.] — Absentem in criminibus damnari non debere, Divus Traianus Julio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari, Divus Traianus Adsiduo Severo rescripsit; satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare. Adversus contumaces vero, qui neque denuntiationibus, neque edictis Praesidum obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem privatorum iudiciorum. Potest quis defendere, haec non esse inter se contraria, quid igitur est? Melius statuetur, in absentes pecuniarias quidem poenas, vel eas, quae existimationem contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse, et usque ad relegationem procedi; verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metalla, vel capitis poenam non esse absentibus irrogandam.

Indem Ulpian das criminelle Verfahren mit dem civilen vergleicht, behandelt er es als eine bekannte Sache, daß man im Letzteren Abwesende zu verurtheilen pflege, wenn sie den Denunciationen oder Edicten nicht nachgekommen seien, und folgert hieraus, daß die Verurtheilung des Abwesenden auch im Criminalprocesse namentlich dann ohne Bedenken sei, wenn sie auf eine Geldstrafe gerichtet werden könne. Nach dem ganzen Zusammenhange ist nicht daran zu denken, daß er bei den Denunciationen oder Edicten einen andern Zeitpunkt im Auge habe, als denjenigen der Klaganstellung; und der Zusatz secundum morem [26]) iudiciorum privatorum schließt die Beschränkung auf das außerordentliche Verfahren ausdrücklich aus.

Eine entgegengesetzte Auslegung ist meines Wissens nicht versucht worden, indem diese und die vorige Stelle von den neueren Schriftstellern in Betreff unserer Frage nicht berücksichtigt worden sind [27]). Allein bis eine solche in genügender Begründung vorliegt, glaube ich den übernommenen Beweis für geführt erachten zu können.

Bedürfte dieser Beweis noch einer Unterstützung, so würde ich mich auf mehrere Stellen des spätern Rechts beziehen. Allerdings beweisen solche Stellen an und für sich nicht; denn da nach der classischen Zeit erhebliche Aenderungen eintraten, so würde es gestattet sein, sie unter dieselben zu rechnen. Aber jene Stellen beweisen alsdann, wenn sie sich nicht als Neuerungen ankündigen, sondern vielmehr darauf

---

26) Gerade als Sitte wird es auch sonst hervorgehoben, namentlich L. 7. pr. D. de in int. rest. 4, 1.

27) Die letzte Stelle findet sich beim Contumacialverfahren im Allgemeinen mitunter allegirt, vgl. Raevardus Protribunalia c. 2; und unter den Neueren Asverus a. a. O. S. 90. Note 13.

berufen, daß das in ihnen Vorgeschriebene hergebrachten Rechtes sei.

In dieser Art wird unser Contumacialverfahren in Betreff der Erbschaftsklage von Diocletian erwähnt in der

L. 8. C. quomodo et quando iudex 7, 43;

worüber ich die im §. 22. versuchte Interpretation dieses Rescriptes zu vergleichen bitte.

Ferner heißt es bei Valentinian, indem er die Gerichtsbarkeit der Bischöfe reguliren will, ganz allgemein rücksichtlich sämmtlicher Civilklagen:

Nov. Valentiniani XXXIV (bei Hänel) §. 15: Quodsi pulsatus quis adesse neglexerit, evocatus secundum ordinem iuris sententiam excipiat contumacis. [28])

Fast noch stärker tritt diese Berufung auf das althergebrachte Recht in einer Constitution Leo's (vom Jahre 466) hervor. Nachdem im Eingange der

L. 6. C. de his qui ad ecclesias confugiunt etc. 1, 12.

das Asylrecht der Kirchen bestätigt ist, so wird im Folgenden das Verfahren beschrieben, welches gegen den im Asyle befindlichen Flüchtling beobachtet werden soll; und hierbei heißt es, wiederum ohne allen Unterschied der einzelnen Klagen:

§. 3. leg. cit.: Quum autem monitus fuerit in publico privatove contractu actione civili, in eius sit arbitrio, sive per se, sive, si magis elegerit, instructo solemniter pro-

---

[28]) Vgl. auch in Betreff crimineller Klagen §. 1. in f. ibid.: Si ab executore conventi parere detrectent, servato iuris ordine sententia teneat contumaces.

curatore directo, in eius iudicis, cuius pulsatur sententiis, examine respondere. §. 4. Sed si hoc facere detrectet aut differat, iudiciorum legumque solitus ordo servetur. Itaque si res immobiles possidet, post edictorum solemnium citationem ex sententia iudicantis usque ad modum debiti bonorum eius sive praediorum traditio sive venditio celebretur. Quodsi res mobiles habet — sententia iudicantis et exsecutoris sollicitudine perquisitae — pro aequitatis tramite modoque debiti publicis rationibus privatisque proficiant etc.

Einer solchen Ausdrucksweise der spätern Kaiser würden wir schwerlich begegnen, wenn jener solitus iudiciorum legumque ordo bis etwa auf Diocletians Zeit nur bei der Cognitio extraordinaria gegolten hätte, und erst neuerlich allgemein geworden wäre.[29])

---

29) Wegen des zufolge dieser Stelle eintretenden Executionsverfahrens vgl. auch §. 19. Note 5. — Weniger erheblich ist übrigens ein Justinianeisches Gesetz, L. 13. §. 3. C. de iudiciis 3, 1: Sin autem reus abfuerit, et similis eius processerit requisitio, quemadmodum pro persona actoris ediximus, etiam absente eo eremodicium contrahatur, et iudex, secundum quod veteribus legibus cautum est, ex una parte cum omni subtilitate causam requirat, et — etiam contra absentem promere condemnationem non cesset etc. Zwar ist es nicht unmöglich, daß dem Justinian bei den veteres leges unser Verfahren mit vorschwebte; allein zunächst handelt es sich nur um den Proceß nach der Litiscontestation, und für diesen Fall ist es nicht minder richtig, daß schon das alte Recht die Verurtheilung des Abwesenden gestattete.

Das Resultat der Untersuchung geht also dahin, daß die am Schlusse des funfzehnten Paragraphen zweifelhaft gelassene Frage nunmehr entschieden verneint werden darf. Das Princip, welches wir in der Lex Rubria anerkannt fanden, ist nicht in das entgegengesetzte umgeschlagen, sondern in fortdauernder Geltung geblieben. Zwar war es Regel, daß der Magistratus einen Judex zur Entscheidung der Streitigkeiten bestellte, und die Parteien hatten bei der Wahl desselben den bedeutendsten Einfluß; aber wer sich dem Judicium nicht unterwerfen, wer keinen Privatrichter haben wollte, über den konnte auch ohne Privatrichter Gericht ergehen.

§. 18.

Das Gebiet des Contumacialverfahrens.

Die Widerlegung der entgegenstehenden Ansichten hat den Platz, auf welchen wir das Contumacialverfahren zu stellen haben, mit innerer Nothwendigkeit aufgewiesen.

Es giebt keinen andern, als bei der Einleitung der Processe, und zwar aller Processe, mögen sie als Judicia privata, oder extra Ordinem verhandelt werden.

Dieses Resultat beruht nicht auf Vermuthungen, sondern auf sichern Zeugnissen der Quellen; und es kann daher nur noch die Frage sein, auf welche Weise wir dasselbe sowohl mit den sonstigen Arten der Ladung zu verbinden, als auch im Verhältnisse zu der Missio in Bona der früheren Abschnitte zu begrenzen haben. Sollten die Quellen für einen solchen Versuch vielleicht nicht völlig ausreichen, so würden wir das Gewonnene darum nicht wieder Preis geben, sondern noch immer als den lichten Punkt betrachten dürfen, von welchem aus wir suchen müssen, die dunklere Umgebung aufzuhellen.

Die älteste Art der Ladung ist die private Vocation. Dieselbe war noch zur Zeit der classischen Juristen in häufiger Uebung [1]; und da gegen denjenigen, welcher sich ihr durch Verbergen entzog, die Bonorum Venditio eintrat [2], so konnte von Ulpian mit Recht gesagt werden:

> **L. 7. §. 1. in f. D. quibus ex causis in possess. 42, 4. Ulpianus [libro XIV. ad Edictum.] —: et est frequentissima haec causa possessionis, nam in usu latitantium bona possidentur.**

Indessen gewährt diese Einleitungsform, wenigstens denkbarer Weise, einen Anknüpfungspunct für unser Verfahren. Der Vocirte kann, ohne sich zu verstecken, die Folge verweigern, und es kann dem Kläger weder anständig, noch auch nur einmal möglich sein, ihn mit Gewalt zu derselben zu zwingen. Das Bedürfniß, diesem Uebelstande abzuhelfen, bewog den Prätor zur Einführung einer besondern Pönalklage, so daß der Kläger, statt des Gebrauches der Gewalt, zur Einforderung einer Geldstrafe wegen verweigerter Folge seine Zuflucht nehmen konnte [3]. Aber für die Erhebung der letzteren Klage wurde ja wiederum vorausgesetzt, daß der Beklagte vor Gericht gegenwärtig sei; und war derselbe consequent genug, sich auch der Vocation wegen dieser Klage ganz offen zu widersetzen, so mußte es, da von Latitatio keine Rede sein konnte, nothwendig ein schließliches Zwangsmittel geben, wenn der eigentliche Zweck des Prätors erreicht

---

1) Vgl. den Anhang № I.

2) L. 18, 19. D. de in ius vocando 2, 4. — L. 7. D. quibus ex causis etc. 42, 4.

3) Gai. Comm. IV. §. 46. — L. 2. §. 1. D. si quis in ius vocatus etc. 2, 5.

werden sollte [4]). Unsere Quellen sagen nun freilich nicht, worin dasselbe bestanden habe; allein es bleibt wohl kaum etwas anderes übrig, als die Annahme, daß der Kläger sich wenigstens jetzt an den Prätor wenden, und dessen Hülfe in Anspruch nehmen durfte. Die letztere konnte nun möglicher Weise auf doppelte Art ertheilt werden; entweder so, daß der Prätor den Widerspenstigen durch seine Lictoren vociren und im Nothfalle gewaltsam herbeiholen ließ, und es mag diese Annahme wenigstens für die ältere Zeit die wahrscheinlichere sein [5]); oder aber so, daß er, ohne auf dem Erscheinen des Beklagten zu bestehen, das Contumacialverfahren durch Erlassung der Edicte eingeleitet und den Widerspenstigen demnächst sowohl wegen der Hauptsache, als wegen der Geldstrafe in Eins verurtheilt hätte.

In ähnlicher Weise würde es gestattet sein, unser Contumacialverfahren auch an die zweite Art der privaten Ladung, die Denunciatio, anzuknüpfen.

Wie es sich hiermit aber auch verhalten mag, so scheint mir das eigentliche Gebiet des Contumacialverfahrens nicht sowohl in derartigen Nebenanwendungen zu liegen, sondern es gab schon frühzeitig zum Behuf der Einleitung des Processes neben der privaten Vocation auch eine obrigkeitliche; und diese letztere Art der Klageerhebung ist es, an welche sich der Contumacialproceß vorzugsweise anschließt.

Zwar ist in Folge der Beschränkung des Contumacialverfahrens auf die Cognitio extraordinaria die Ansicht verbreitet worden, daß die obrigkeitliche Ladung ebenfalls nur

---

4) Bei Zimmern a. a. O. §. 111. Note 8. bleibt das Räthsel ohne Lösung.

5) Vgl. Aulus Gellius, Noct. Att. Cap. Lib. XIII. cap. 12 et 13.

bei jener Proceßart zur Anwendung gekommen sei [7]. Irgend ein positives Quellenzeugniß, auf welches sich diese Meinung stützte, ist jedoch meines Wissens nicht vorhanden; denn der Umstand, daß obrigkeitliche Ladungen bei außerordentlichen Arten des Verfahrens erwähnt werden [8], beweist natürlich nicht, daß sie im ordentlichen Verfahren ausgeschlossen gewesen seien.

Dagegen schreibt Gellius das Recht der Vocation allen denjenigen Magistraten zu, welche Imperium haben [9]; er behandelt die magistratische Vocation als etwas Bekanntes und Alltägliches; und die von ihm angeführten Beispiele, wo der Prätor behuf der Ausübung der Jurisdictio einen Quästor, oder einen curulischen Aedilen vor sich in Jus berufen ließ, enthalten keinerlei Andeutung dafür, daß es sich um ein außerordentliches Verfahren gehandelt hätte [10].

---

7) Vgl. oben Seite 135. Note 6.

8) L. 1. §. 3. D. de inspic. ventre. 25, 4.

9) Noct. Att. Lib. XIII. cap. 12: — In magistratu — habent alii vocationem, alii prensionem, alii neutrum. Vocationem: ut consules et ceteri qui habent imperium etc. Daß das Recht der Vocation hauptsächlich bei der Jurisdictio zur Anwendung kam, läßt sich aus folgender Stelle schließen: Sed quaerentibus nobis, quam ob causam tribuni, qui haberent summam coercendi potestatem, ius vocandi non habuerint: quod tribuni (scil. inquit) antiquitus creati videntur non iuri dicundo, nec causis querelisque de absentibus noscendis, sed intercessionibus faciendis etc.

10) l. c. Lib. XIII. cap. 13. — Vgl. auch Lib. XI. cap. 1. — Die Befugniß des Prätors war nur deshalb bezweifelt worden, weil man jene niederen Magistrate den höheren gleichstellen, und wie die Letzteren von der Verbindlichkeit hatte freisprechen wollen, einer solchen Ladung Folge zu leisten.

Indessen läßt sich auch noch ein specieller Gegenbeweis aus Cicero erbringen. Derselbe erzählt in der

Divin. in Q. Caecil. Cap. XVII. §. 56: Ubi hoc Quaestori Caecilio, viro optimo et homini aequissimo, nuntiatum est, vocari ad se Agonidem iubet: iudicium dat statim „si pareret, eam, se et sua Veneris esse, dixisse". Iudicant recuperatores id, quod necesse erat, etc.

Die Ladung des Quästors geschieht behuf der ersten Einleitung des Verfahrens; nach der ganzen Darstellung ist nicht daran zu denken, daß jener mittelst derselben seine Befugnisse überschritten hätte; aber als die Agonis erschienen ist, so findet nun keine Cognitio extraordinaria statt, sondern es wird ein Judicium angeordnet.

Ferner heißt es vom Verres, ohne daß in diesem Bestandtheile des Verfahrens irgend etwas Unregelmäßiges oder Tadelnswerthes gefunden werden soll:

Cic. in Verrem. Act. II. Lib. II. Cap. XXIII. §. 56: Verres — ait sese velle de illis HS. LXXX cognoscere: advocat multos. Dicunt Bidini Volcatio se dedisse: illud non addunt, iussu istius. Volcatium vocat: pecuniam referri imperat. Volcatius animo aequissimo nummos affert, qui nihil amitteret: reddit inspectantibus multis: Bidini nummos auferunt etc.

Also auch hier eine prätorische Vocation bei der Erhebung eines Civilanspruches, während es nach Lage des Falles, wenn der römische Ritter Volcatius das Geld nicht gutwillig in Jure zurückgegeben hätte, zur Anordnung eines Judicium hätte kommen müssen.

Außerdem hat man längst bemerkt [11]), daß die Stellen, welche von der privaten Vocation handeln, stillschweigend von der Voraussetzung auszugehen scheinen, beide Theile seien in der Stadt Rom, oder doch wenigstens an demselben Orte anwesend, an welchem sich das Gericht befindet; und die ursprüngliche Bestimmung der zwölf Tafeln über die Vocatio in Jus (**Si in ius vocat, ni it, antestator etc.**) konnte ja ebenfalls nur diesen Fall im Auge haben. Sehr bald umfaßte aber der Jurisdictionsbezirk des Prätor Urbanus ganz Italien; und derjenige der Proconsuln, Proprätoren u. s. w. erstreckte sich von jeher auf große Provinzen. In allen Fällen, wo der Beklagte nicht am Orte des Gerichts domicilirt war, also in der überwiegenden Mehrzahl [12]), mußte nun aber die private Vocation sehr erheblichen Uebelständen unterliegen; und wohnte der Kläger vielleicht ebenfalls an einem andern Orte, so braucht an die, damals ungleich schwierigeren, Communicationsmittel noch gar nicht gedacht zu werden, um es unglaublich zu finden, daß die practischen Römer den Kläger allemal zu einer vorläufigen Reise nach dem Wohnorte des künftigen Beklagten sollten gezwungen haben, damit er denselben nur erst in Jus vocire. Das bei ähnlichen Gelegenheiten von den neuern Schriftstellern nicht selten geltend gemachte Auskunftsmittel, sich eines Procurators zu bedienen, hätte für diesen Fall ebenfalls nur geringe Abhülfe gewähren können; theils würde der Kläger häufig ohne Bekanntschaften am Wohnorte des Beklagten gewesen sein; theils würde er gewiß nicht so leicht einen Bekannten gefunden haben, wel-

---

11) Stieber l. c. pag. 41. — Zimmern a. a. O. §. 77. zu Note 6. — Keller l. c. p 51. ad not. 18.

12) Abgesehen natürlich von den geringfügigen Sachen, wo der Municipalmagistrat zuständig war.

cher den Freundschaftsdienst übernahm, den Beklagten, wenn dieser sich weigerte zu folgen, so und so viel Meilen weit gewaltsam mit sich fortzuschleppen, oder wenigstens selbst die Reise mitzumachen.

Hierzu kommt nun noch die historische Entwickelung. Schon Constantin schreibt im Jahre 322 bei der damals häufigsten Einleitungsform, der Litisdenunciatio, vor, daß sie immer gerichtlich geschehen solle.

L. 2. C. Th. de denuntiat. vel edit. rescr. 2, 4. Imp. Constantinus Aug. ad Maximum Pf. P. — Denuntiare vel apud Provinciarum Rectores, vel apud eos, quibus actorum conficiendorum ius est, decernimus: ne privata testatio, mortuorum, aut in diversis terris absentium, aut eorum, qui nusquam gentium sint, scripta nominibus, falsam fidem rebus non gestis affigat. Dat. X. Kal. Iul. Sirmio, Probriano et Iuliano Coss. [322.]

Zwar pflegt man sich gegenwärtig die Sache so vorzustellen, als ob die Denunciatio bis zu diesem Gesetze beständig eine private gewesen sei[13]). Aber obgleich in den Quellen sehr häufig von privaten Denunciationen die Rede ist, so folgt daraus nicht einmal für die älteste Zeit, daß ein Magistratus oder Judex nicht ebenfalls hätte denunciiren können; hauptsächlich aber scheint es mir ungerechtfertigt zu sein, aus dem Umstande, daß Constantin die private Denunciatio gänzlich verbietet, den Schluß zu ziehen, es habe bis zu diesem Verbote eben nur eine private Denunciation gegeben. Vielmehr

---

13) Zimmern a. a. O. §. 117 u. 143. — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 247 a. E. und S. 249. — Asverus a. a. O. S. 145.

würde es an und für sich ebensowohl möglich sein, daß die obrigkeitliche Denunciation schon lange vorher die Regel gebildet hätte.

Nun können aber ein Paar Stellen von Ulpian und Paulus, welche der Denunciatio behuf der Einleitung des Processes erwähnen, meines Erachtens nur dahin verstanden werden, daß sie eine obrigkeitliche Denunciation im Auge haben.

L. 26. §. 9. D. de fideicommiss. libert. 40, 5. (abgedruckt S. 149 und 150.)

Paull. Rec. Sent. Lib. V. tit. 5a. §. 7. (S. 141.)

Das Senatusconsultum Rubrianum knüpft die Befugniß des Prätors, Sclaven, welchen die Freiheit fideicommissarisch hinterlassen ist, in Abwesenheit der zur Freilassung Verpflichteten für frei zu erklären, an die Voraussetzung, daß Letztere evocati a Praetore adesse noluissent. Ulpian wiederholt im Eingange der allegirten Stelle diese Voraussetzung, als ein nothwendiges Erforderniß der Freiheitserklärung: Evocari autem a Praetore oportet — ceterum nisi fuerint evocati, cessat Rubrianum Senatusconsultum; und wenn er unmittelbar hierauf fortfährt proinde denuntiationibus aut edictis literisque evocandi sunt, so kann — abgesehen davon, daß die Denunciation eines Sclaven in eigner Sache schwerlich von rechtlicher Bedeutung gewesen wäre, und der Ausdruck evocare durchaus regelmäßiger Weise nur von obrigkeitlichen Ladungen gebraucht wird [14]) — sowohl nach dem sprachlichen als sachlichen Zu-

Baron 165

---

14) Brissonius de Verb. Sign. unter Evocare. — Die einzige Stelle, welche hier für den Gebrauch des Ausdrucks bei einer Ladung durch den Kläger angeführt wird, L. 3. C. de procur. 2, 13, läßt ebenfalls noch die Auslegung zu, daß der Kläger die Ladung des Be-

sammenhange das „denuntiationibus — evocare“ auf Niemanden Anders, als auf den Prätor, („evocandi sunt“ scil. a Praetore) bezogen werden.

In der Stelle des Paulus heißt es von dem Abwesenden: nisi ad iudicem, a quo ei denuntiatum est, aut cuius litteris vel edictis conventus est, venerit etc.; und ich glaube dies ebenfalls nicht anders verstehen zu dürfen, als daß der Judex derjenige ist, durch welchen (a quo) dem Ungehorsamen denunciirt wird. Soll nicht der Judex, sondern eine Privatperson, insbesondere der Kläger, das Subject bilden, welches die Denunciatio vornimmt, so müßte Paulus den Zusatz ab actore, oder im Nothfalle per actorem, oder dgl. stillschweigend subintelligiren; aber abgesehen von der Willkürlichkeit einer solchen Annahme würde das „a quo“ im Eingange sehr wenig zu derselben passen. Vielmehr müßte man statt dieser Worte ein ad quem, oder, da Letzteres immer noch sehr hart sein würde, eine Wendung wie ad quem ut veniret[15] (scil. ei denuntiatum est) oder dergl. erwarten.

Das Gesetz Constantin's steht hiermit durchaus nicht in Widerspruch. Zwar ersehen wir aus demselben, daß die Denunciation bis dahin auch privatim geschehen konnte; allein der Kaiser sagt keineswegs, daß er die obrigkeitliche Denunciation überhaupt erst einführe. Er giebt vielmehr eine Entscheidung ab (decernimus), und zwar dahin, daß von jetzt an nur die obrigkeitliche Denunciation statthaft sein solle. Das Gesetz enthält mithin einen neuen Beweis dafür, daß beide Arten der Denunciation schon früher

---

klagten beim Prätor beantragen, letzterer aber sie wirklich ausführen soll.

15) Vgl. auch Gai. Comm. IV. §. 15. (siehe oben Seite 144.).

neben einander in Uebung waren. Denn existirte nur die private, so konnten gar keine Zweifel wegen der einen oder andern Form entstehen, so gab es Nichts zu entscheiden, und wir würden statt jenes „decernimus" ein sancimus, statuimus oder dergl. vorfinden.

Die historische Wahrscheinlichkeit spricht nun aber gewiß nicht dafür, daß Constantin die private Denunciation lediglich wegen der möglichen Mißbräuche plötzlich und vollständig abgeschafft hätte, wenn dieselbe bis dahin auch nur die gebräuchlichere und in sonstiger Beziehung angemessenere Form gewesen wäre. Vielmehr wird es der Wahrheit ungleich näher kommen, wenn man sich die Sache umgekehrt vorstellt. Die öffentliche Denunciation bildete schon geraume Zeit vor Constantin die Regel; freilich war die private daneben statthaft geblieben, aber sie paßte längst nicht mehr zu den veränderten Verhältnissen. Wie es mit dergleichen veralteten, lebensunkräftigen Einrichtungen zu gehen pflegt, — nicht aber mit solchen, welche in voller Blüthe stehen, — so diente sie nur dazu, um Chicanen und Betrügereien den Weg zu öffnen; und Constantin befand sich daher in vollem Rechte, wenn er die letzten Reste des längst entbehrlichen Institutes über die Seite schaffte.

Bei dieser Lage der Dinge sehe ich keinen Grund, weshalb wir die Stellen, welche vom Contumacialverfahren handeln, nicht einfach in dem Sinne nehmen sollten, in welchem sie sich geben. Ebensowohl, wie die römischen Magistrate für andere Zwecke von ihrem Ladungsrechte den ausgedehntesten Gebrauch machten [17]), wandten sie dasselbe an, um den rechtsuchenden Parteien zu Hülfe zu kommen, iuri

---

[17]) Es genügt wohl, hierfür auf die Verrinen Cicero's zu verweisen. — Andere Beispiele siehe bei Raevardus Protribun. c. 2.

dicundo, wie Gellius[18]) sagt, und causis querelisque de absentibus noscendis; und die vom Contumacialverfahren redenden Fragmente enthalten ebensoviel Zeugnisse dafür, daß es namentlich zur Zeit der classischen Juristen etwas sehr Gewöhnliches war, den Gegner behuf Erhebung der Klage von der Obrigkeit vorladen zu lassen[19]).

Da Ulpian in Betreff unserer Materie aus dem civilen Verfahren Schlüsse auf das criminelle zieht, und, abgesehen von besonders harten Strafen, beide einander gleichsetzt, so scheint es mir unbedenklich, sich auch die Art der Ladung im civilen Verfahren derjenigen ähnlich vorzustellen, welche uns bei Gelegenheit des criminellen von Marcian beschrieben wird.

L. 13. §. 2. D. de requirendis reis etc. 48, 17. Marcianus [libro II. Publicorum.] — Praesi-

---

18) Siehe Seite 160. Note 9.

19) Vgl. insbesondere L. 1. D. de feriis et dilat. 2, 12. — Außer jenen Stellen würde hauptsächlich noch anzuführen sein L. 2. §. 1. D si quis in ius vocatus etc. 2, 5: Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a competente iudice mulcta pro iurisdictione iudicis damnabitur; rusticitati enim hominis parcendum erit. Item si nihil intersit actoris, eo tempore in ius adversarium venisse, remittit Praetor poenam, puta quia feriatus dies fuit. (Vgl. L. 5. D. de iudiciis 5, 1.) Indessen ist es trotz der Mulcta seit lange streitig, ob nicht auch der erste Theil der Stelle (rücksichtlich des zweiten unterliegt dies meines Erachtens keinem gegründeten Bedenken) auf eine private Vocation zu beziehen sei. Vgl. hierfür Huber, Praelect. ad tit. de in ius voc. 2, 4. und die Citt. das. — van Hees l. c. §. 32. — Voorda l. c. Lib. III. c. 1. — Brackenhöft, Erört. zu Linde's Lehrb. §. 87. Note 11; dagegen für die Beziehung auf eine öffentliche Vorladung namentlich Donellus l. c. Lib. XXIII. c. 3 et 10, und unter den Neueren Zimmern a. a. O. §. 111. Note 6; Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 253. Note 37.

des autem provinciarum circa requirendos adnotatos hoc debent facere, ut eos, quos annotaverint, edictis adesse iubeant, ut possit innotescere iis, qui adnotati sunt. Sed et litteras ad magistratus, ubi consistunt, mittere, ut per eos possit innotescere, requirendos eos esse annotatos.

Wenn der Beklagte im Criminalprocesse auf diese Ladung nicht erscheint, so wird er bei geringeren Vergehen im Wege des Contumacialverfahrens verurtheilt; handelt es sich aber um eine schwere Strafe, so wird sein Vermögen mit Beschlag belegt, und bleibt er demungeachtet während des nächsten Jahres aus, so fällt es dem Fiscus anheim.

Im Civilprocesse bedarf es dagegen niemals der persönlichen Gegenwart des Beklagten. Wenn derselbe einer obrigkeitlichen Ladung nicht gehorcht, so geht die Ladung in das Contumacialverfahren über, und vermittelst des Letzteren wird auch in Abwesenheit des Geladenen eine Entscheidung herbeigeführt.

Versuchen wir endlich noch, uns das Verhältniß des Contumacialverfahrens zu den Einleitungsformen der beiden ersten Abschnitte zu vergegenwärtigen.

Die Wirksamkeit einer obrigkeitlichen Ladung setzt voraus, daß die Behörde zum Erlasse derselben befugt ist [20]), daß der Geladene von ihr Kenntniß erhält [21]), und daß er ihr verschuldeter Weise nicht nachkommt [22]).

---

20) L. 53. §. 3. D. de re iud. 42, 1.

21) L. 23. §. 3. D. de appell. 49, 1. — L. 1. §. 3. D. quae sent. sine appell. 49, 8.

22) L. 53. §. 2 et 3. D. de re iud. 42, 1.

Derjenige, welcher sich außerhalb des Jurisdictionsbezirkes des zuständigen Gerichtes befindet, kann aber von demselben weder geladen werden, noch ist er schuldig, der Ladung zu gehorchen [23]. Im späteren römischen Rechte sind zwar insofern Aenderungen eingetreten, als man sich der Requisitionen bediente [24]; indessen ist es unklar, in welchem Umfange dieselben angewandt wurden. Die Untersuchung hierüber kann jedoch um so mehr dahingestellt bleiben, da Requisitionen immer wieder von besonderen Umständen abhängen, namentlich davon, daß man den Aufenthaltsort des Beklagten kennt, und das dortige Gericht requirirt werden kann, welches letztere z. B. gewiß nur innerhalb der Grenzen des römischen Reiches möglich war.

In denjenigen Fällen nun, in welchen die Ladung unstatthaft ist, fällt mit der Unstatthaftigkeit der Ladung auch die Möglichkeit des Contumacialverfahrens hinweg. Diese Voraussetzung einer vorgängigen Ladung ist es, welche meines Erachtens den, bereits Seite 127 erwähnten, Ausdrücken der

> **L. 68. D. de iudiciis 5, 1: — post absentiam adversarii**

und der

> **L. 70. D. ibid.: — quod perimeret disceptationem, hoc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari**

zu Grunde liegt. Dieselbe unterscheidet das Gebiet des Con-

---

23) L. 20. D de iurisd. 2, 1: Extra territorium ius dicenti impune non paretur. — Vgl L. 239. §. 8. D. de V. S. 50, 16. — L. 53. C. de decurionibus 10, 31.

24) z. B. L. 15. §. 1. D. de re iud. 42, 1. — L. 2. C. ubi in rem actio 3, 19. — Nov. 53. et Nov. 69.

tumacialverfahrens sehr bestimmt von dem Falle der einfachen Absentia; in letzterem wird der Kläger immer noch auf die Missio in Bona verwiesen bleiben [25]).

Bei denjenigen Personen, welche vor Gericht der Vertretung bedürfen, kann von der Anwendung des Contumacialverfahrens ebenfalls keine Rede sein; denn wenn sie ohne Vertretung bleiben, so ist dies nicht eignes Verschulden, und es läßt sich daher nicht sagen, daß sie den Befehl des Gerichts verachten [26]).

Gegenüber der Latitatio besteht der begriffsmäßige Unterschied darin, daß dieselbe die betrügliche Absicht, und das Verborgensein des künftigen Beklagten erfordert, während Beides bei der Contumacia nicht vorhanden zu sein braucht. Die Latitatio hat insofern mehr Voraussetzungen, als die Contumacia; und es folgt von selbst, daß bei dieser die Folgen jener nicht werden eintreten können. Schwieriger ist dagegen die Beantwortung der umgekehrten Frage, weshalb im Falle der Latitatio das Contumacialverfahren nicht ebenfalls Platz gegriffen habe?

In dieser Beziehung könnte man vielleicht darauf Gewicht legen wollen, daß es unmöglich sei, den Latitirenden mit der obrigkeitlichen Ladung bekannt zu machen; da nämlich die Kenntniß derselben eine nothwendige Voraussetzung der Contumacia bilde [27]), so müsse aus jener Unmöglichkeit auch die Unanwendbarkeit des Contumacialverfahrens gefolgert werden.

---

25) Hierin liegt wohl die Widerlegung der Seite 6. Note 4. und Seite 132. Note 1. angeführten Meinung Heffter's.

26) L. 53. § 1. D. de re iud. 42, 1. — L. 28. §. 1. D. de fideic. libert. 40, 5.

27) L. 23. §. 3. D. de appell. 49, 1. — L. 1. §. 3. D. quae sent. sine appell. 49, 8.

Allein für richtig würde ich diese Argumentation nicht ansehen können. Denn die Edicte des Prätors werden öffentlich proponirt; wer sich betrüglicher Weise versteckt, und dadurch die Kenntnißnahme vereitelt, der handelt in fraudem legis, und wird ebenso angesehen werden dürfen, als wenn er sie wirklich kennen gelernt hätte. Auf diese Weise wird die Sache denn auch von den römischen Juristen behandelt; es ist für die Erlassung und die Wirksamkeit der Edicte einerlei, ob der Geladene im eigentlichen Sinne contumax ist, oder ob er latitirt, um sie nicht kennen zu lernen [28]).

Hiernach ergiebt sich von selbst, daß es ein vergebliches Bemühen sein würde, die Beantwortung der aufgeworfenen Frage aus dem Begriffe der Latitatio und der Contumacia herzuleiten. Vielmehr hing es lediglich von der römischen Gerichtsverfassung ab, ob der Kläger auf die Missio in Bona wegen Latitatio verwiesen war, oder ob er eine öffentliche Ladung des Latitirenden und ein Contumacialurtheil wider denselben erlangen konnte.

Beide Systeme bestanden zur Zeit der classischen Juristen neben einander; auch kam es für die Anwendbarkeit derselben auf den Gegensatz zwischen Judicia privata und Cognitio extraordinaria durchaus nicht an. Indessen gestehe ich offen zu, daß die genauere Feststellung einer weiteren Untersuchung vorbehalten bleiben muß. Die einstweilige Aussetzung derselben wird der vertheidigten Ansicht nicht höher angerechnet werden dürfen, als sämmtlichen übrigen, indem keine von

---

[28]) L. 26. §. 7. L. 28. §§. 1 et 5. D. de fideic. libert. 40, 5. — L. 67. D. de iudiciis 5, 1. — L. 3. §. 15. vgl. mit L. 7. §. 3. D. de susp. tut. 26, 10 — L. 2. §. 41. D. ad Sct. Tertullianum 38, 17. — L. 6. D. ubi pupillus educari etc. 27, 2.

ihnen im Stande ist, über die letzten Gründe des Unterschiedes eine hinlängliche Auskunft zu ertheilen [29]).

Die Richtigkeit des angegebenen Gesichtspunctes wird übrigens auch durch die spätere Entwicklung bewahrheitet. Denn als die öffentliche Ladung, und die sofortige Untersuchung und Entscheidung der einzelnen Streitsachen zur allgemeinen Regel geworden sind, so ist auch die Bonorum Venditio wegen Latitatio verschwunden [30]).

Das Vadimonium desertum steht im Systeme der römischen Gerichtsverfassung mit der Latitatio auf gleicher Linie; vom wirklichen Vorhandensein einer Contumacia kann natürlich keine Rede sein, denn das Vadimonium wird nicht dem Prätor, sondern dem Gegner geleistet.

§. 19.

Die Folgen der Contumacia.

Um die Folgen der Contumacia zu bestimmen, ist es erforderlich, zwischen persönlichen und dinglichen Klagen zu unterscheiden.

Vermittelst der ersteren wird ein Anspruch geltend gemacht, welcher unmittelbar wider die Person des Beklagten gerichtet ist; und der Beklagte kann sich der Erfüllung der behaupteten Verbindlichkeit nur entziehen, wenn er deren Vorhandensein bestreitet. Weigert er sich daher vor Gericht zu erscheinen, oder im Gerichte selbst seinen processualischen Obliegenheiten nachzukommen, so gilt der Grundsatz: **Iudicium redditur in invitum** [1]); und es wird ohne Rücksicht auf

---

29) Vgl. indessen auch den §. 24.

30) pr. Inst. de sublatis success. 3, 12.

1) Arg. L. 83. §. 1. D. de verb. obl. 45, 1.

diese Weigerung in der Sache selbst untersucht und entschieden.

In Betreff der ersten Einleitung des Verfahrens darf hierfür auf den vorigen Abschnitt verwiesen werden. Hinzuzufügen wäre etwa noch:

L. 75. D. de iudiciis 5, 1. Iulianus [libro XXXVI. Digestorum.] — Si Praetor iusserit eum, a quo debitum petebatur, adesse, et ordine edictorum peracto pronuntiaverit, absentem debere, non utique iudex, qui de iudicato cognoscit, debet de Praetoris sententia cognoscere, alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta et decreta Praetorum etc.

Die Stelle erwähnt den Inhalt einer, in diesem Stadium des Processes abgegebenen, Contumacialsentenz; und man sieht, daß sie von einer petitio debiti, und einer pronuntiatio absentem debere, also von einem persönlichen Anspruche redet. Ganz übereinstimmend ist in der Seite 155 u. 156 abgedruckten L. 6. §. 3. C. de his qui ad ecclesiam confugiunt 1, 12 die wirkliche Verurtheilung des im Asyle Befindlichen auf solche Civilklagen beschränkt, welche aus einem öffentlichen oder privaten Contracte herstammen.

Hinsichtlich der Fortsetzung des Verfahrens wird die gleiche Behandlung sowohl aus der Natur der Sache, als aus den, auf diesen Fall bezüglichen, Vorschriften der Lex Rubria, und dem ganz allgemein lautenden, also die Fortsetzung des Processes mit umfassenden, Ausspruche Hermogenians

L. 53. pr. D. de re iud. 42, 1. Hermogenianus [libro I. iuris Epitomarum.] — Contumacia eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur.

gefolgert werden müssen.

Der Hauptfall besteht natürlich darin, daß der Beklagte die Litiscontestation verweigert. Wenn es nun bei dieser Gelegenheit unzählige Male vom Prätor heißt: **cogit, compellit etc. cum iudicium accipere** [2]), so besteht das Zwangsmittel des Prätors keineswegs, wie man häufig annimmt [3]), ohne Weiteres in einer Missio und Venditio Bonorum. Vielmehr wird der Beklagte **in contumaciam** verurtheilt, und die hiernächst vom Kläger anzustellende **actio iudicati**

L. 75. D. de iudiciis 5, 1. (oben Seite 173)

richtet sich nach den gewöhnlichen Regeln [4]). Nun wurde freilich zur Zeit der Lex Rubria die Execution durch Ductio und durch Venditio Bonorum verwirklicht, aber was das classische Recht betrifft, so wird nach bekannten Grundsätzen häufig eine bloße Auspfändung, **pignus in causa iudicati captum**, genügt haben [5]).

---

2) Namentlich in den Titeln de procur. et defens. 3, 3. (z. B. L. 8. §. 3 sqq.; L. 17 sqq.; L. 35 sqq.; L. 43 sqq.; L. 75.) und de iudiciis 5, 1. (z. B. L. 2. §§. 3, 6; L. 8; L. 22; L 24; L. 28.); einige andere Stellen siehe bei Keller, Ueber Litiscontestation und Urtheil S. 55. Note 32.

3) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 281. Note 9. – Wetzell a. a. O. S. 105. – Heffter a. a. O. §. 325 ff. vgl. mit §. 513.

4) Ein anderer Fall ist etwa die verweigerte Antwort auf eine interrogatio in iure; auch hier besteht die Folge der Contumacia nicht etwa in einer Missio und Venditio Bonorum, sondern ganz analoger Weise in der Annahme des Eingeständnisses. L. 39. pr. D. de procur. 3, 3. L. 11. §. 4. D. de interrog. in iure 11, 1. Vgl. Gai. Comm. II, 24.

5) Bethmann-Hollweg geht a. a. O. S. 291 und 292 in jener Annahme so weit, zu behaupten, die Missio in Bona sei auch noch unter den späteren Kaisern „das eigenthümliche Executionsmittel im Contumacialverfahren, nicht die gewöhnliche Pfändung, nur freilich

Was dagegen die dinglichen Klagen betrifft, so verhält es sich mit denselben zwar hinsichtlich der Absentia, der Latitatio, des Vadimonium desertum und der Einleitung des Contumacialverfahrens völlig ebenso, wie mit den persönlichen [6]); allein die Folgen der Contumacia können nicht die nämlichen sein. Denn die dingliche Klage ist nicht sowohl gegen den Besitzer, sondern unmittelbar gegen die Sache selbst gerichtet (**in rem actio**); und es ist freier Wille des Beklagten, ob er sich auf den erhobenen Anspruch einlassen will oder nicht.

> **L. 156. pr. D. de R. I. 50, 17. Ulpianus [libro LXX. ad Edictum.] — Invitus nemo rem cogitur defendere.**
>
> **L. 80. D. de rei vind. 6, 1. Furius Anthianus [libro I. ad Edictum.] — In rem actionem pati non compellimur etc.**

Wenn also der Beklagte in Folge der dreimaligen La=

---

wesentlich verändert. Der einzelne Gläubiger wird nicht mehr in den Besitz aller Güter eingewiesen, sondern nur so vieler Sachen, als verkauft werden müssen, um ihn zu befriedigen" u. s. w. Allein die zum Beweise dieser Ansicht in der Note 10 angeführte L. 6. §. 3. C. de his qui ad eccl. (1, 12.) (siehe oben Seite 155 und 156) dient meines Erachtens nur zur Widerlegung derselben. Dieses Gesetz weiß ebensowenig, wie irgend ein anderes, von einem dem Contumacialverfahren eigenthümlichen Executionsmittel; sondern die ex sententia iudicantis erfolgende traditio sive venditio der beweglichen u. unbeweglichen Sachen des ungehorsamen und verurtheilten Beklagten ist offenbar nichts anders, als die gewöhnliche Pfändung, und das gewöhnliche Executionsverfahren der späteren Zeit. — Die außerdem noch allegirte Nov. 53. c. 4. §. 1. handelt nicht von einem Falle der eigentlichen Contumacia. (Vgl. oben §. 15.)

6) Vgl auch oben §. 10.

dung nicht erscheint, so wird es unmöglich sein, in der Sache selbst eine Entscheidung abzugeben; denn jener ist zur Einlassung auf die Klage nicht verpflichtet, und ob er sich auf dieselbe einlassen will, darüber weiß man nichts. Ebenso verhält es sich, wenn der Beklagte zwar erscheint, aber die Leistung der Cautio Judicatum solvi verweigert, durch welche er überhaupt erst die persönliche Verbindlichkeit übernehmen würde, die Sache gegen den Anspruch des Klägers zu vertheidigen (**Clausula de re defendenda**). [7])

Der Nachtheil der Contumacia kann mithin nur darin bestehen, daß der Beklagte den Besitz der Sache verliert, welche er nicht vertheidigen will. Derselbe wird auf den Kläger übertragen, und der ursprüngliche Beklagte muß in Zukunft — was ihm natürlich freisteht — seinerseits als Kläger auftreten und den Beweis seines Rechtes übernehmen.

Fragm. Ulpiani (Endl.) [8]) . . . . **paratum est interdictum velut cui ini . . . . . . adipiscendae quam reciperandae possessionis; qualia sunt interdicta Quem fundum et Quam hereditatem. Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem.**

Vgl. **L. 1. C. uti possidetis 8, 6. Impp.**

---

[7]) L. 1. §. 1. D. de praetoriis stipul. 46, 5: Iudiciales (scil. stipulationes) eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut iudicatum solvi, et ex operis novi nunciatione. — Arg. l. 43. §. 6. D. de procur. et defens. 3, 3: — nam eos, qui non coguntur rem defendere, post satisdationem cogi. —

[8]) Siehe die Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. Bd. IX. № 1.

Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Cyrillo. — Uti possidetis fundum, de quo agitur, quum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, Rector Provinciae vim fieri prohibebit; ac satisdationis vel transferendae possessionis Edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet. (294—305.)

Diese Uebertragung des juristischen Besitzes, Translatio Possessionis, unterscheidet aber den Fall der Contumacia sehr bestimmt von dem andern, wo der Kläger wegen einfacher Absentia, Latitatio, u. s. w. eine Missio in Bona, sei es auch der Bequemlichkeit wegen nicht in das ganze Vermögen, sondern nur in die beanspruchte Sache, erhält. In diesem letzteren Falle erwirbt er nicht den juristischen Besitz, und wenn der abwesende Beklagte zurückkehrt, so sind die Parteirollen und die Beweislast unverändert. [9])

Der zwischen den persönlichen und dinglichen Klagen obschwebende Unterschied wird in einer einzelnen Anwendung von Paulus hervorgehoben:

L. 7. D. de aquae et aqua pluv. arc. 39, 3. **Paulus** [libro XVII. ad Edictum.] — Is, cum quo aquae pluviae arcendae agitur, quod opus fecit, licet cedere loco paratus sit, cogi-

---

[9]) Vgl. oben Seite 60. Note 3. — Noch der neueste Schriftsteller über diesen Gegenstand, Wetzell a. a. O. Seite 105, behandelt im Principe alle einzelnen Fälle gleich; und nachdem sie zuerst sämmtlich unter den allgemeinen Contumacialnachtheil der Missio in Bona gestellt sind, ist es freilich nur consequent, nun auch umgekehrt von einer Translatio Possessionis im Falle der Absentia oder Latitatio zu sprechen.

tur accipere iudicium, quoniam et suo nomine convenitur, ut opus tollat. §. 1. Aliud est in bonae fidei emtore; hic enim tantum patientiam praestat; igitur si et fundo cedat, audiendus est; plus enim praestat.

Außerdem würden, neben den bereits angeführten, etwa nach folgende Hauptstellen zu vergleichen sein, welche das Contumacialverfahren bei dinglichen Klagen betreffen:

Fragmenta Vaticana §§. 92, 93.
Paulus Recept. Sentent. Lib. I. Tit. 11.
L. 8. D. si pars hereditatis petatur 5, 4.
L. 60. §. 1. D. de usufructu etc. 7, 1.
L. 6. §. 6. D. de Carbon. edict. 37, 10.
L. 15. D. de oper. novi nuntiat. 39, 1.
L. 45. D. de damno infecto 39, 2.
L. 7. §. 19. D. quibus ex causis 42, 4.
L. 2. C. ubi in rem actio 3, 19.
L. 8. C. quomodo et quando iudex 7, 43.

§. 20.

Fortsetzung. L. 80. D. de rei vindicatione 6, 1.

Die Untersuchung der Einzelnheiten des Verfahrens liegt außerhalb der Grenzen meiner Aufgabe. Indessen mag es zum Zwecke der Sicherstellung der Principien erlaubt sein, wenigstens zwei Fragmente genauer zu besprechen, welche sehr häufig ohne weitern Unterschied in die Darstellung dieser Verhältnisse hineingezogen werden.

Das erste ist:

L. 80. D. de rei vindicatione 6, 1. Furius Anthianus [libro I. ad Edictum.] -- In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui

Lenel Edikt? 1883

dicere, se non possidere, ita ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non probaverit.

Ich stimme mit Rudorff[1]) darin überein, daß die Stelle von der Zeit vor der Litiscontestation, oder genauer vor der Cautio Judicatum solvi, spricht, und daß unter dem iudex nicht der Magistratus, sondern der Judex datus zu verstehen ist.

Im Uebrigen erläutert Rudorff unser Fragment dahin[2]), daß der Prätor, falls Beklagter den Besitz läugne, ein Interdictum Quem fundum erlasse; in diesem Interdictenprocesse habe der Kläger zu beweisen, daß Beklagter ungeachtet seines Läugnens besitze, und gelinge ihm der Beweis, so verurtheile der Richter des Interdictenprocesses den Beklagten zur Herausgabe, obgleich Klägers Recht auf die Sache noch gar nicht erwiesen sei. — Ueberhaupt ist es, abgesehen gerade vom Interdictum Quem fundum, herkömmliche Ansicht, daß beim Läugnen des Besitzers allemal ein Proceß jenes Inhaltes entstehe[3]).

---

1) Ueber das Interdictum Quem fundum (Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. Bd. IX. № 2.) Seite 28 ff. — Uebrigens hat auch Leist, Bonorum Possessio. Bd I. S. 365. Note 6. von einem andern Standpuncte aus darauf aufmerksam gemacht, daß die einzelnen Fälle strenger von einander zu unterscheiden seien, als in jener Abhandlung geschehen ist.

2) a. a. O. S. 29 ff. — Vgl. auch Puchta a. a. O. §. 174. — Wetzell a. a. O. S. 106, 129, 130, 131 a. E. und 132 oben, 272.

3) Wegen der älteren Litteratur vgl. die, übrigens unbedeutende, Dissertation von P. F. Besier, de Furio Anthiano eiusque, quae in Pandectis exstant, Fragmentis. Lugd. Bat. 1803. Cap. III.

Allein das Interdictum **Quem fundum** kommt alsdann zur Anwendung, wenn der Beklagte die in Anspruch genommene Sache weder vertheidigen, noch herausgeben will. [4]) Es ist das für den Fall einer eigentlichen Contumacia des Beklagten eingeführte Rechtsmittel, durch welches der Kläger die Translatio Possessionis bewirkt; und Letzterer bedarf eines solchen Rechtsmittels, da ihn die eigenmächtige Besitzergreifung dem Interdictum **Unde vi** von Seiten des Beklagten aussetzen würde. [5]) Dagegen sehe ich nicht ein, auf welche Weise es zum Interdictum **Quem fundum** kommen soll, wenn der Beklagte den Besitz läugnet. Man hat nämlich nur die Wahl zwischen folgenden beiden Möglichkeiten: Entweder der Kläger hat sich geirrt, und der Beklagte besitzt in der That nicht; oder der Kläger ist im Rechte, und der Beklagte hat die Unwahrheit gesagt. Im erstern Falle würde das Interdict dem Kläger nichts nützen, denn er würde den betreffenden Interdictenproceß verlieren. Im zweiten Falle hat der Beklagte durch seine gerichtliche Erklärung in bester Form Rechtens auf den Besitz verzichtet, und da er wirklich besaß, so liegt hinsichtlich des Klägers **possessio vacua** vor. Das Interdictum **Quem fundum** wäre mithin vollkommen von Ueberfluß; vielmehr wird sich der Kläger

---

4) Fragm. Vatic. §. 92: A quo ususfructus petetur si rem nolit defendere. — L. 45. D. de damno inf. 39, 2: A quo fundus petetur, si rem nolit (scil. defendere). — Fragm. Ulp. Endl. (oben S. 176): cogitur ad me transferre possessionem etc.

5) Vgl. auch Fragm. Vatic. §. 93, wo es von dem, dem Interdictum Quem fundum nachgebildeten Interdictum Quem usumfructum heißt: Restitutus autem ex hoc interdicto ususfructus intelligitur, cum petitor in fundum admissus sine periculo interdicti Unde vi ad eam rem propositi depelli non potest.

ohne jegliche Proceßführung aufmachen, und seinen Fundus in Besitz nehmen. — Der Fall würde in Wahrheit kaum anders beschaffen sein, als wenn etwa heut zu Tage meine Sache auf der Straße liegt. Hier kann es für mich von Interesse sein, irgend Jemanden den früheren Besitz derselben zu beweisen, damit ich einen Entschädigungsanspruch gegen ihn begründe; aber von solchen Nebendingen handelt unsere Stelle einverstandener Maßen nicht. Was dagegen die Erlangung des Besitzes betrifft, so wird mir gewiß nicht einfallen, mich dieserhalb vor Gericht zu bemühen, sondern ich werde sie aufheben und nach Hause bringen.

Eine ähnliche Argumentation findet sich schon bei Anton Faber [6]); und er hilft sich gegen diese „**Ratio dubitandi**“ damit, daß in Folge des Verbotes der Selbsthülfe eine gerichtliche Erlaubniß erforderlich sei. Allein dieses Nothmittel verdankt seine Entstehung wohl nur den unklaren Vorstellungen, welche man in jener Zeit über die Eigenmacht hatte. Die Handlung, welche der Kläger vornehmen soll, ist an und für sich völlig erlaubt: seine eigene, und in Niemandes Besitz befindliche Sache muß er nach allen Rechten der Welt ohne gerichtliche Hülfe zu sich nehmen dürfen; und die Intention der Selbsthülfe kann hierbei nicht das Mindeste ändern. [7])

Vielmehr läßt sich unserer Stelle meines Erachtens erst dann ein vernünftiger Sinn abgewinnen, wenn dieselbe auf bewegliche Sachen beschränkt wird. Während man nämlich bei Immobilien allemal von selbst weiß, wo sie sich befinden, und daher nach dem Abläugnen des Besitzes durch den

---

6) Rationalia ad Pandectas ad h. l.

7) Benfey im Rheinisch. Museum. Bd. VII. Abth. I. — Puchta Pandekten §. 80; und Vorlesungen zu diesem §.

Beklagten einer Besitzergreifung von Seiten des Klägers durchaus nichts entgegensteht; so ist es bei beweglichen Sachen möglich, daß der Beklagte den Besitz abläugnet, die Sache aber demungeachtet heimlicher Weise detinirt. Der Kläger, welcher von dieser Lage der Dinge unterrichtet ist, wird seinen Gegner nicht eigenmächtig dazu zwingen dürfen, daß er die Sache herbeischaffe und abliefere; es bleibt ihm also nichts übrig, als daß er vor Gericht zu beweisen sucht, die Sache befinde sich Läugnens ungeachtet in dem Gewahrsame des Beklagten; und führt er diesen Beweis, so wird das Gericht allerdings eine Translatio Possessionis verfügen. Der Beklagte ist zwar nicht im eigentlichen Sinne contumax, denn er hat niemals einem Befehle des Gerichtes den Gehorsam verweigert; aber sein Benehmen ist um Nichts besser. Er sagt vor Gericht die Unwahrheit, um der Uebernahme der Klage zu entgehen, bleibt aber demungeachtet fortwährend im Besitze, also in demjenigen Verhältnisse zur Sache, welches ihn von Rechtswegen zu der Uebernahme der Klage verpflichtet, mit andern Worten, er handelt in fraudem legis.

Wenden wir uns einmal zu dem Wortlaute der Stelle zurück, so paßt derselbe zu der vorgeschlagenen Auslegung vollkommen. Freilich enthält der Eingang: **In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere**, eine allgemeine Regel; und diese Regel ist ja auch für eine jede dingliche Klage, ohne Unterschied des Objektes, vollkommen richtig. Indessen folgt aus dem umfassenden Eingange nicht im Mindesten, daß der Jurist nun auch bei dem weiteren Verfahren, welches in Folge der Abläugnung des Besitzers eintritt, sämmtliche überhaupt mögliche Fälle vor Augen haben müsse. Vielmehr liegt dieses weitere Verfahren, wenn es sich um eine Immobilie handelt, so sehr auf der Hand, das es dem F u r i u s A n t h i a n u s

gar nicht einfällt, dasselbe besonders zu beschreiben; sondern er wendet seine Aufmerksamkeit sofort demjenigen Falle zu, welcher allein von juristischem Interesse sein konnte, dem Streite um eine Mobilie. Daß ihm ein solcher Proceß wirklich vor Augen schwebte, möchte namentlich auch durch den Uebergang **ita ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri etc.** bewiesen werden. Die Hervorhebung der Möglichkeit, den Gegner des Besitzes zu überführen, würde sehr wenig für einen Beklagten passen, welcher die Innehabung eines Landgutes abläugnet, sich aber gleich nachher auf dieses nämliche Landgut begiebt, um daselbst gemüthlich fortzuwirthschaften. Ein derartiger Besitz fällt so sehr in die Augen, daß es wahrhaftig keines langen Ueberführens bedarf. Dagegen ist jene Wendung, und namentlich das **convincere** vollkommen angemessen, wenn man an die heimliche Vorenthaltung einer beweglichen Sache denkt.

Die Stelle spricht also keineswegs von dem Interdictum **Quem fundum**, denn **fundi** sind unbewegliche Sachen; und sie redet ebensowenig von einem eigentlichen Contumacialverfahren, sondern nur von einem analogen Processe gegen Denjenigen, welcher in **fraudem legis** handelt.

Indessen soll natürlich nicht geläugnet werden, daß die Klage, welche sie im Sinne hat, dem Interdictum **Quem fundum** nachgebildet sein mochte; auch betrifft die ganze Meinungsverschiedenheit, wie man sieht, in ihrem letzten Grunde nicht sowohl das Wesen der Sache, sondern mehr einen Nebenpunct. Jene allgemeine Auffassung der Stelle hat aber dazu beigetragen, nun auch noch eine zweite, scheinbar ähnliche, hierher zu beziehen, ja sie als Hauptquelle zu betrachten, nach der sich dann wieder die Auslegung anderer richten mußte, obwohl dieselbe mit den hier fraglichen Verhältnissen gar nichts zu schaffen hat.

§. 21.

Fortsetzung. L. 20. §. 1. D. de interrog. in iure etc. 11, 1.

Ich meine nämlich

> L. 20. §. 1. D. de interrog. in iure etc. 11, 1. Paulus [libro II. Quaestionum.] — In iure interrogatus, an fundum possideat, quaero an respondere cogendus sit, et quota ex parte fundum possideat? Respondi: Iavolenus scribit, possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte fundum possideat, ut, si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittatur.

Liest man die Stelle so, wie sie hier abgedruckt ist, nämlich aus ihrem Zusammenhange herausgerissen, so wird auf den ersten Blick Niemand an eine andere Klage, als an eine Rei Vindicatio, denken. Wenigstens hat die herrschende Meinung seit den Glossatoren eine solche als angestellt betrachtet; und der energische Widerspruch, welchen Cujacius [1]) gegen diese Auffassung einlegte, fand nur eine geringe Zahl von Anhängern [2]). Unter den neuern Schrift-

[1]) Comment. in Lib. II. Quaest. Pauli ad h. l.

[2]) z. B. Wybo de interrogationibus in iure. Lugd. Bat. 1732. pag. 102 et 103. Vgl. übrigens wegen der älteren Litteratur Glück, Comment. u. s. w. Th. VIII. Seite 196; Th. XI. S. 283.

stellern [3]) hat freilich Wetzell [4]) den Widerspruch des Cujacius wiederholt, allein lediglich zu dem Zwecke, um die Unvereinbarkeit unserer Stelle mit dem Proceßgange einer Rei Vindicatio per formulam petitoriam zu behaupten. Er baut hierauf zuvörderst die Hypothese, daß Javolenus und Paulus nur von einer Vindication per sponsionem geredet hätten (?), will die Stelle aber demungeachtet rücksichtlich des Justinianeischen Rechtes allgemein bei sämmtlichen Vindicationen zur Anwendung bringen.

Die Beziehung der Stelle auf irgend welche Form der Rei Vindicatio scheint mir jedoch nicht allein irrig zu sein, sondern muß auch fast nothwendig Verwechselungen in Betreff des Contumacialverfahrens herbeiführen; und ich kann daher nicht unterlassen, unter Umgehung einer Reihe von Nebenargumenten wenigstens die Hauptgründe für meine Meinung anzugeben.

Bei der gewöhnlichen Auslegung steht die Stelle im Widerspruche mit

> **L. 36. pr. D. de rei vind. 6, 1. Gaius [libro VII. ad Edictum provinciale.] — Qui petitorio iudicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit, an dolo desiit possidere.**

Gajus konnte unmöglich den Rath geben, ehe man zum Judicium petitorium schreite, Nachforschungen über den Besitz des Beklagten anzustellen, wenn der Kläger befugt ge-

3) Vgl. z. B. Zimmern a. a. O. S. 380 zu Note 21. — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 284. Note 25. — Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Bd I. S. 526. — Rudorff a. a. O. S. 47.

4) a. a. O. S. 130—132 vgl. mit S. 272 zu Note 3.

wesen wäre, denselben hierüber in Jure zu befragen. Denn bejahte der Beklagte die Frage, so war er ein für allemal gebunden [5]); und verneinte er sie, so konnte es höchstens zu einem Beweisverfahren über den Besitz des Beklagten, nicht aber, wie Gajus voraussetzt, zu dem Judicium petitorium über das Eigenthum des Klägers kommen. Zwar hat man diese Argumentation meistens durch den Einwand beseitigen wollen, daß Gajus unter dem requirere eben die Interrogatio selbst verstehe. Allein jener Ausdruck bezeichnet offenbar eine weitläuftigere Untersuchung, und eine solche läßt sich in der bloßen Vorlegung einer Frage nicht erblicken. Auch wird man ihn weder in andern Stellen des Gajus, noch der übrigen römischen Juristen jemals bei einer einfachen Frage, sondern immer nur bei einer gerichtlichen oder außergerichtlichen Nachforschung angewandt finden [6]). Ueberdies ist bereits von Cujacius bemerkt worden, daß die Basiliken (**Lib. XV. Tit. 1. l. 36.**) das **requirere** mit περιεργάζεσθαι übersetzen.

Sollte noch ein Zweifel bleiben, so würde derselbe beseitigt werden durch

L. 9. pr. D. de rei vind. 6, 1. Ulpianus [libro XVI. ad Edictum] — Officium autem iudicis in hac actione hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat etc.

L. 27. §. 1. D. ibid. Paulus [libro XXI. ad

5) Tot. Tit. D. de interr. in iure 11, 1; z. B. L. 11. §. 9: Qui interrogatus responderit, sic tenetur, quasi ex contractu obligatus, pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur.

6) Vgl. außer den zahlreichen Stellen bei Brissonius de Verb. Sign. unter requirere etwa noch Gai. Comment. II. §. 116. III. §. 13. IV. §. 166. — L. 21. pr. D. de rei vind 6, 1. — L. 30. §. 3. D. ad leg. Aq. 9, 2.

Edictum.] — Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore, et quo res iudicatur etc.

L. 16. §. 3. D. de pignoribus 20, 1. Marcianus [libro singulari ad formulam hypothecariam.] — In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est, nam si non possideat, nec dolo fecerit, quominus possideat, absolvi debet etc.

Zufolge dieser Stellen wird erst im Vindicationsprocesse von dem Judex datus untersucht, ob der Beklagte im Besitze der vindicirten Sache sei; eine solche Untersuchung könnte aber im Judicium über das dingliche Recht selbst nicht mehr eintreten, wenn die Besitzfrage vermittelst einer Interrogatio bereits in Jure auf die eine oder andere Weise wäre erledigt worden.

Ferner bezog sich der Zweifel, welchen Javolenus und Paulus beseitigen, nicht sowohl auf die Statthaftigkeit der Interrogatio an fundum possideat? — dieselbe wird stillschweigend als zulässig vorausgesetzt — sondern vielmehr der Interrogatio quota ex parte fundum possideat? Die Befugniß des Klägers, diese letzte Frage bei einer Vindication zu stellen, würde sich aber nicht wohl vereinigen lassen mit

L. 8. D. de rei vind. 6, 1. Paulus [libro XII. ad Edictum.] — Pomponius libro trigesimo sexto probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam

tunc sine dubio et a te, et a Titio partes fundi petere me debere etc.

Wenn nämlich Mehrere eine Sache nach ideellen Theilen innehaben, und ein solches Besitzverhältniß wird doch bei der Frage quota ex parte fundum possideat? vorausgesetzt, so kann der Kläger keineswegs von jedem einzelnen Beklagten denjenigen ideellen Theil vindiciren, welchen derselbe sich vorgenommen hat zu besitzen, sondern er vindicirt von einem jeden Beklagten die ganze Sache. Die Befugniß des Klägers, sich vor Anstellung der Klage nach dem ideellen Theile zu erkundigen, welchen der Beklagte besitze, wäre mithin in Betreff des Beweises bei einer Rei Vindicatio von Ueberfluß; denn der Vindicant bekommt diejenige Quote, welche der Beklagte wirklich besitzen will, allemal erst alsdann, wenn er sein Eigenthum, nicht etwa an irgend einer (andern) Quote, sondern am Ganzen, oder, wie dies in der L. 8. cit. der Fall ist, an derjenigen ganzen Quote beweist, in deren theilweisem Besitze pro indiviso sich der Beklagte befindet. Der Vindicant würde eine solche Frage eben nur in der Aussicht stellen, daß der Beklagte möglicher Weise irgend eine Quote der Sache von vornherein Preis geben könne, und daß er in diesem Falle ohne jeglichen Beweis vermittelst der angeblichen Missio in den Besitz der aufgegebenen Quote gelangen werde; allein für derartige Speculationen ist das Recht der Interrogatio nicht bestimmt [7]).

Außerdem würden, unter der Voraussetzung einer Rei Vindicatio, gegen den Schluß der Stelle die nämlichen Einwendungen gelten, welche gegen die Beziehung der L. 80. D. de rei vind. 6, 1. auf unbewegliche Sachen erhoben worden sind. Dem Kläger würde nämlich in Folge der Ab-

---

7) Vgl. auch L. 73. D. de rei vind. 6, 1. (s. Seite 194)

läugnung des Besitzes durch den künftigen Beklagten eine Missio in einen Fundus ertheilt, welchen er als sein Eigenthum in Anspruch nimmt. Besaß nun diejenige Person, welche der Kläger in Anspruch zu nehmen beliebte, den Fundus in Wahrheit nicht, so würde die Missio des Klägers eine Ungerechtigkeit gegen den wirklichen Besitzer enthalten, welche nur zu processualischen Weiterungen führen könnte. Besaß sie dagegen, so würde die Ertheilung der Missio nicht allein ebenso unnütz sein, als in jener Stelle das Interdictum Quem fundum war, sondern vielmehr geradezu nachtheilig. Denn vermittelst des Interdictum Quem fundum erwirbt der Kläger wenigstens den juristischen Besitz, die Missio giebt ihm aber nur die Detention. Er würde sich also wohl in Acht nehmen, ein Missionsdecret zu erbitten; denn wenn er sich ohne dasselbe auf seinen Fundus begiebt, so kann er den juristischen Besitz ohne Weiteres ergreifen.

Die Usual-Interpretation bringt unsere Stelle jedoch nicht allein mit den Grundsätzen in Conflict, welche bei der Rei Vindicatio gelten, sondern ebensowohl mit denjenigen, auf welchen das System der Interrogationen beruht.

Nicht selten wird der Grund der Einführung der Interrogationen darin gesetzt, daß der Prätor den Kläger gegen die Gefahr habe schützen wollen, in Folge einer Pluspetitio das geltend gemachte Recht vollständig einzubüßen; und wäre diese Meinung gegründet, so würde von selbst folgen, daß keine Veranlassung vorlag, einem Vindicanten die Frage nach dem Besitze seines Gegners zu gestatten. Denn irrte der Kläger über diesen Punkt, so verlor er zwar den Proceß, nicht aber das in Anspruch genommene Recht, nämlich das Eigenthum; vielmehr konnte er dasselbe nach wie vor gegen den wirklichen Besitzer geltend machen.

Indessen scheint es mir wohl nur eine Ungenauigkeit zu

sein, wenn man z. B. selbst bei Puchta [8]) liest: „Dagegen kann es gefährlich für den Kläger werden, wenn er Jemanden belangt, von dem sich nachher in iudicio ergiebt, daß er in der Art, wie der Kläger klagte, nicht der rechte Beklagte war. So wenn Jemand mit der condictio certi gegen den Erben seines Schuldners klagt auf das Ganze, während er nur zum Theil Erbe ist, überhaupt auf eine größere Summe, als dieser nach seinem Erbschaftstheil zu leisten hat; hier wird er wegen der Pluspetitio abgewiesen, und verliert sein Recht. Um diesem Uebelstand zu begegnen, hat der Prätor die interrogationes in iure eingeführt, durch welche der Beklagte aufgefordert wird, zu erklären, ob und zu welchem Theil er Erbe sei" u. s. w. Denn die nächste und hauptsächliche Frage an heres sit? hat mit jenem Uebelstande nicht das Mindeste zu schaffen: wenn der Gläubiger einen Nichterben verklagt und abgewiesen wird, so kann er den wirklichen Erben nichts destoweniger belangen. Ebenso verhält es sich mit den andern, in unseren Quellen neben der Frage an heres sit? am häufigsten erwähnten Interrogationen an servus eius sit? oder an in potestate servum habeat? oder an quadrupes, quae pauperium fecit, eius sit? oder an aedes, vel locus eius sit (scil. ex quo damnum timeatur)? u. s. w. Jene ganze Argumentation paßt eben nur für die, durchaus nicht allemal [9]) mit der Hauptfrage an heres sit? verbundene Nebenfrage qua ex parte heres sit?; und auch für

---

8) a. a. O. Bd. II. §. 173. — Vgl. etwa auch Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile des Civilprocesses. S. 277.

9) Vgl. z. B. L. 6. §. 1; L. 9. pr. §. 3, 5; L. 11. §. 1; L. 12; L. 20. pr.; L. 22. pr. D. de interr. in iure 11, 1.

die letztere nur alsdann, wenn der Kläger eine condictio certi erheben will. Die Stelle, welche jene Meinung veranlaßt zu haben scheint, spricht denn auch gar nicht von der Ursache, welche den Prätor zur Einführung der Interrogationen bewogen habe; sondern Callistratus sagt in derselben nur, daß es unter Umständen nothwendig sei, die Frage qua ex parte heres sit? bereits vor Erhebung der Klage, nämlich in Jure, zu stellen [10].

Vielmehr setzen die römischen Juristen den Grund der Einführung der Interrogationen lediglich darin, daß der Prätor dem Kläger eine besonders schwierige Beweisführung habe erleichtern wollen.

L. 2. D. de interr. in iure 11, 1. Ulpianus [libro XXII. ad Edictum.] — Edictum de interrogationibus ideo Praetor proposuit, quia sciebat difficile esse ei, qui heredem bonorumve possessorem convenit, probare, aliquem esse heredem bonorumve possessorem.

L. 3. D. ibid. 11, 1. Paulus [libro XVII. ad Edictum.] — quia plerumque difficilis probatio aditae hereditatis est.

In Uebereinstimmung hiermit wird dem Kläger die Befugniß, zu interrogiren, durchaus regelmäßiger Weise nur dann gestattet, wenn es für den Beweis seiner Klage auf irgend ein Rechtsverhältniß in der Person des Gegners ankommt, namentlich auf das Erbesein, auf den Grund der

---

10) L. 1. pr. D. de interr. 11, 1: Totiens heres in iure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quotiens adversus eum actio instituitur, si dubitat actor, qua ex parte is, cum quo agere velit, heres sit. Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio, et ita, si certum petetur, etc.

Delation, oder auf die Erwerbsart des Erbrechts [11]), auf das Eigenthum [12]), auf die potestas [13]), ausnahmsweise auch auf den juristischen Besitz [14]). Die Existenz solcher rechtlichen Verhältnisse, bei welchen die innere Willensbestimmung des Beklagten ein wesentliches Moment bildet, kann ja in der That sehr häufig einer schwierigen Beweisführung unterliegen. Indessen finden wir die Interrogationen ungeachtet des allgemeinen Ausspruches der

L. 21. D. de interr. in iure 11, 1. Ulpianus [libro XXII. ad Edictum.] — Ubicunque

---

11) Allein schon in diesem Falle nur nach vorgängiger Causä Cognitio, L. 9. §. 6. D. ibid. 11, 1: Illud quaeritur, an quis cogatur respondere, utrum ex testamento heres sit, et utrum suo nomine ei quaesita sit hereditas, an per eos, quos suo iuri subiectos habet, vel per eum, cui heres exstitit? Summatim igitur Praetor cognoscere debebit — ut, si valde interesse compererit, plenius respondere cogatur etc.

12) Vgl. außer dem Titel de interr. in iure namentlich L. 1. §. 15. D. si quadrupes paup. etc. 9, 1. — L. 21. §. 2 sqq.; L. 22. §. 3 u. 4; L. 26. § 3 u. 5; L. 27. §. 1.; L. 39. §. 1. D. de nox. act. 9, 4. — L. 2. §. 1. si ex nox. act. 2, 9.

13) Ueber den Begriff der potestas bei dieser, von der Frage an servus eius sit? wohl zu trennenden, Frage siehe L. 215. D. de V. S. 50, 16. vgl. mit L. 21. §. 4 sqq. D. de nox. act. 9, 4. u. L. 13. D. de interr. in iure 11, 1.

14) So ist L. 21. §. 2 in fine. D. ibid. 11, 1, in Verbindung mit der gleich vorhergehenden Frage quota ex parte eius sit praedium, und mit L. 10. D. ibid. 11, 1. zu verstehen. — Die Frage nach dem Alter, L. 11. pr. D. ibid. 11, 1: De aetate quoque interrogatus interdum respondere debet, ist offenbar singulär, indessen trifft der allgemeine Grund der schwierigen Beweisführung auch bei dieser Frage zu; und nicht minder bei L. 1. §. 2 sqq. D. de inspiciendo ventre 25, 4.

iudicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem, dubium non est [15]);
nicht einmal in allen derartigen Fällen gestattet (vgl. die gleichfolgende Stelle), geschweige denn unter solchen Umständen, in welchen es sich nur um sinnlich wahrnehmbare, rein factische Zustände handelt [16]).

Dieses Letztere würde nun aber bei der Frage des Vindicanten nach dem Besitze seines Gegners der Fall sein, denn

---

15) Auf die von der gewöhnlichen abweichende und besonders weitläuftig von Wybo l. c. p. 69 sqq. vertheidigte Auslegung, welche die Stelle in Verbindung bringt mit L. 4. §. 1. D. ibid. 11, 1 (Quod ait Praetor: Qui in iure interrogatus responderit, sic accipiendum est, apud Magistratus populi Romani, vel Praesides provinciarum, vel alios iudices, ius enim eum solum locum esse, ubi iuris dicendi, vel iudicandi gratia consistat, vel si domi, vel itinere hoc agat), und dieselbe nur auf den Ort bezieht, an welchem dem Richter die Fragenstellung erlaubt sei, ist wohl kein besonderes Gewicht zu legen.

16) Zwar hat man in L. 9. §. ult. D. ibid. 11, 1 (Si de peculio agatur, non oportere responderi a patre vel domino, an in potestate habeat filium, quia hoc solum quaeritur, an peculium apud eum, cum quo agitur, sit) nicht selten eine Interrogatio, wie hoch sich das Peculium belaufe? finden wollen, z. B. Bethmann-Hollweg, Versuche u. s. w. S. 278; Wybo l. c. pag. 100; indessen muß nach dem Zusammenhang der Stelle, und nach dem Wortsinne von quaeritur übersetzt werden: „weil es sich nur darum handelt" u. s. w. Ohnehin würde es in §. 4. J. quod cum eo etc. 4, 7. schwerlich heißen: Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi potest, se ad difficultatem perducat probandi in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, et tantum habere, ut solidum solvi possit etc., wenn dem Kläger das Recht zur Seite gestanden hätte, jene Interrogatio an den Beklagten zu richten.

die bloße Detention des Beklagten genügt, um mit der Rei Vindicatio durchzudringen. Statt dessen sagt Ulpian:

L. 73. D. de rei vind. 6, 1. Ulpianus [libro XVII. ad Edictum.] — In speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte eius sit; hoc enim petitoris munus est, non possessoris. Quod et in Publiciana servatur;

und diese Entscheidung stimmt vollkommen mit Dem überein, was bereits oben Seite 187 und 188 zur Erklärung der L. 8. D. de rei vind. 6, 1. bemerkt worden ist. Ebensowenig, wie die Frage nach dem theilweisen Eigenthum, ist die Frage nach dem Titel des Besitzes gestattet; sondern man höre nur, in welcher Weise die Kaiser Arcadius und Honorius denjenigen abfertigen, welcher ein solches Fragerecht behauptet:

L. 12. C. Th. de fide test. et instrument. 11, 39. Impp. Arcadius et Honorius AA. Aeternali Proc. Asiae. — Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia, ut ratione praepostera petitor ab eo quem pulsat, informari suas postulet actiones: cum omnem probationem exigi oporteat ab eo, qui vindicare nititur, non ab eo, qui se iuste tenere contendit? Intentanti namque, non suscipienti, probationum necessitas imponenda est; praeter eum, qui edicere cogitur, utrum pro possessore, an pro herede possideat. (396.)

Das Recht der Interrogatio bildet eine Ausnahme von der Regel, daß keine Partei schuldig ist, der anderen die Proceßführung zu erleichtern. Wird eine solche Ausnahme bei der Rei Vindicatio rücksichtlich der Frage nach dem Ei=

genthum und dem Titel des Besitzes als unstatthaft zurückgewiesen, so folgt mit Nothwendigkeit, daß die Frage nach der bloßen Detention bei derselben Klage noch viel weniger gestattet werden kann. Denn wir haben gesehen, daß jene Ausnahme eingeführt ist, um dem Kläger schwierige Beweisführungen zu ersparen; die Detention des Gegners ist aber sehr viel leichter zu beweisen, als das Eigenthum desselben, oder der Titel seines Besitzes [17]).

Betrachten wir jetzt einmal die Stelle genauer. Dieselbe ist ein Fragment, welches aus den Quästionen des

---

17) Was die in der letzten Stelle als eine besondere Ausnahme gestattete Frage betrifft (vgl. auch L. 11. C. de pet. her. 3, 31), so geht dieselbe nach dem einfachen Wortinhalte keineswegs auf die Detention irgend einer Erbschaftssache; überdies enthalten L. 18. §. 1. D. de hered. pet. 5, 3, L. 9. pr. D. de exc. rei iud. 44, 2. und L. 1. §. 4. D. quod legat. 43, 3. den Beweis, daß der Besitz an und für sich auch bei der Erbschaftsklage nöthigenfalls im Judicium über dieselbe bewiesen werden muß. Vielmehr wird der Beklagte nur unter der Voraussetzung, daß sein Besitz auf irgend eine Weise feststeht, für verbunden erklärt, den Titel desselben zu nennen (edicere cogitur, utrum pro possessore, an pro herede possideat). — Uebrigens wird dieselbe Interrogatio auch von Ulpian erwähnt (L. 11. §. 1. D. de her. pet. 5, 3: Pro possessore vero possidet praedo, [L. 12. D. ibid.] qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit› quia possideo etc.), und zwar keineswegs, wie Wetzell a. a. O. S. 139 meint („Ulpian – will — offenbar (?) nicht sagen, daß diese Frage an ihn gerichtet werden dürfe, sondern nur, daß sie als an ihn gerichtet gedacht werden könne"), lediglich als ein Auswuchs der lebhaften Phantasie jenes Juristen, sondern weil sie thatsächlich gestellt wurde. Die Anomalie ist jedoch nur scheinbar; sie folgt theils aus der Natur der Erbschaftsklage, theils aus dem Entwicklungsgange des römischen Processes mit vollkommener Consequenz; indessen würde es zu weit führen, die Gründe an diesem Orte auseinanderzusetzen.

Paulus entnommen wurde. Mithin dürfen wir von vorn=herein keine allgemein gültige theoretische Regeln erwarten, sondern es handelt sich um einen einzelnen Rechtsfall, und lediglich in Betreff dieses Falles wird auf die vorgelegte Quästio das Responsum abgegeben, der Besitzer müsse auch den ideellen Theil nennen, zu welchem er besitze.

Der Wortinhalt der Stelle weist aber mit Nichts darauf hin, daß die Klage, welche angestellt werden sollte, eine Rei Vindicatio war; und es würde also zunächst willkürlich sein, gerade eine solche Klage als die beabsichtigte zu supponiren.

Bedenkt man nun, wie häufig in den Titeln **de interrogationibus** und **de noxalibus actionibus** der einzelnen, wirklich statthaften Fragen Erwähnung geschieht, so wird es schon hiernach unglaublich erscheinen, daß ein so anomales und practisch wichtiges Fragerecht, wie jene Interrogatio bei den dinglichen Klagen sein würde, nur ein einziges Mal, und die Vorfrage **an fundum possideat** dieses einzige Mal wieder nur beiläufig genannt sein sollte.

Ueberdies erscheint die Stelle in den Digesten nicht einmal selbstständig, sondern mitten in einem größeren Bruchstücke: im vorhergehenden Proömium ist von den Interrogationen bei Noxalklagen, und im folgenden §. 2 von denjenigen bei der Forderung einer Cautio Damni infecti die Rede. Nun weist schon der Uebergang, welcher von unserem Paragraphen auf den folgenden gemacht wird:

> **§. 2. leg. cit: Idem est si damni infecti cavemus, nam et hic respondere debet, quota ex parte eius sit praedium, ut ad eam partem stipulationem accommodemus etc.**

nicht undeutlich darauf zurück, daß im Vorhergehenden von einem, der Forderung einer Cautio Damni infecti ähnlichen,

Anspruche die Rede war, also von einer persönlichen Klage, welche gegen den Besitzer eines Fundus als solchen geht. Die Nothwendigkeit, eine Klage der letztern Art als angestellt anzunehmen, ergiebt sich aber aus zwei Gründen.

Erstens wird die Frage gestattet quota ex parte fundum possideat? und wir haben gesehen, daß diese Frage bei der Rei Vindicatio durchaus unpassend sein würde [18]). Dagegen richtet sich bei einem persönlichen Anspruche gegen den Besitzer der Betrag des Anspruches nach dem ideellen Theile, welchen jener besitzt; die Frage ist also bei einer derartigen Klage vollkommen angemessen, und ihre Gestattung um so billiger, da jenes getheilte Besitzverhältniß sich der sinnlichen Wahrnehmung entzieht.

Sodann wird dem Kläger, falls der Beklagte antwortet, daß er nur eine Quote besitze, eine Missio in Possessionem rücksichtlich der andern Quote ertheilt. Dieses Verfahren ist ganz das nämliche, welches im gleichen Falle nach §. 2. bei der Cautio Damni infecti eintritt. Auch entspricht es den allgemeinen Grundsätzen vollkommen, daß bei Ansprüchen, welche, obgleich persönlicher Natur, demungeachtet zunächst gegen die Sache selbst gehen, eine Missio eintritt, sobald sich nur Niemand findet, der die Sache vertheidigt [19]). Die ausdrückliche Ertheilung der Missio ist nämlich in einem solchen Falle für den Kläger erforderlich, weil derselbe gar kein selbstständiges Besitz- oder Eigenthumsrecht an der Sache behauptet, und die Besitzergreifung ohne vorgängige obrigkeitliche Erlaubniß eine Verletzung der Rechte des abwesenden wirklichen Besitzers oder Eigenthümers ent-

18) Vgl. oben Seite 188.

19) Vgl. auch §. 23.

halten würde. Erinnern wir uns dagegen, daß jene Missio unter der Voraussetzung einer dinglichen Klage schlechthin sinnlos sein würde, so kann es meines Erachtens keinem Zweifel unterliegen, daß wir nur eine persönliche Klage supponiren dürfen.

Dieses, aus innern Gründen entwickelte Resultat wird durch eine äußere Autorität bestätigt.

Die Basiliken ziehen nämlich unseren Paragraphen mit dem folgenden, welcher von der Cautio Damni infecti spricht, in einen einzigen Satz zusammen.

L. 20. Basil. de interrog. et resp. XLII, 4.:

Ἐπὶ τοῦ νεμομένου ἀγρόν, καὶ τῆς ἐλπιζομένης συμπτώσεως ἀγωγῆς προςήκει τὸν νεμόμενον λέγειν τὸ μέρος, ἐξ ὅσου νέμεται· ἵνα εἰς τὸ λοιπὸν ὡς μὴ διεκδικούμενον ἐπὶ νομῆς ὁ ἐνάγων πεμφθῇ [20]).

Eine solche Behandlungsweise würde in hohem Grade ungerechtfertigt sein, wenn wir ein Paar, nach ihrer inneren Natur gänzlich verschiedene Rechtsfälle vor uns hätten, dagegen erscheint sie vollkommen angemessen, wenn wir die beiden, von Paulus erwähnten, Fälle als gleichartig betrachten. Hierzu kommt aber noch ein Scholium des Cyrillus, welches folgendermaßen lautet:

Κυρίλλου. Ὁ ἐναγόμενος περὶ τοῦ ἀκινήτου ἐρωτάσθω, πόσον μέρος νέμεται· καὶ ἐὰν εἴπῃ ἔλασσον, πέμπεται εἰς νομὴν τοῦ λοιποῦ ὁ ἄκτωρ. τὸ αὐτὸ καὶ ἐπὶ τῆς δάμνι ἰνφέκτι. τοῦτο δὲ ἐπὶ τῶν προςωπικῶν ἀγωγῶν. οὐδεὶς γὰρ ἐξ

---

20) Bei Heimbach: Quantum attinet ad fundi possessorem et ad damni infecti actionem, possessor dicere debet, quota ex parte possideat: ut actor in reliquam partem tanquam non defensam in possessionem mittatur.

ἀνάγκης ὑποδέχεται τὴν ἰν ῥέμ. εἰ δὲ ἀρνήσεται νέμεσθαι, ἐκπίπτει νομῆς, ὡς βιβλίῳ ς΄. τιτ. α΄. διγέστῳ π΄. [21]).

Cyrillus fügt der Interrogatio an den Besitzer einer unbeweglichen Sache und derjenigen bei der Forderung einer Cautio Damni infecti die ausdrückliche Bemerkung hinzu, daß ein solches Fragerecht nur bei persönlichen Klagen zur Anwendung komme. Er beruft sich zur näheren Begründung darauf, daß dem Kläger bei einer dinglichen Klage im Falle der Abläugnung des Besitzes durch den Beklagten keine Missio in Possessionem ertheilt werde, sondern der Beklagte den Besitz sofort vollständig verliere (ἐκπίπτει νομῆς), und stimmt auch darin mit uns überein, daß er die **L. 80. D. de rei vindicatione 6, 1.** und die **L. 20. §. 1. D. de interr. in iure 11, 1.** nicht etwa, wie die neueren Schriftsteller, als im Wesentlichen gleichbedeutend, sondern als gänzlich von einander verschieden behandelt.

Sollte man endlich noch die Frage aufwerfen, welche bestimmte persönliche Klage es gewesen sei, die in dem von Paulus entschiedenen Rechtsfalle erhoben werden sollte, so betrifft diese Untersuchung einen Nebenpunct, dessen Feststellung weder an und für sich von erheblichem Interesse, noch insbesondere für unseren Zweck von Wichtigkeit sein würde. Und gewiß ist dieses Verhältniß ein glückliches zu nennen; denn bei der völligen Unbestimmtheit der Stelle möchte es

---

21) Bei Heimbach: Qui de re immobili convenitur, interrogetur, quotam partem possideat: et si ex minore parte dixerit, actor in possessionem residui mittitur. Idem est in actione damni infecti. Hoc autem in actionibus personalibus servatur. Nemo enim in rem actionem suscipere cogitur. Si autem se possidere neget, possessione excidit, ut lib. 6. tit. 1. dig. 80.

schwer halten, jene Frage mit Sicherheit zu beantworten. Nur soviel läßt sich im Allgemeinen sagen, daß wir nicht sowohl auf einen alltäglichen, sondern auf einen selteneren Fall zu rathen haben. Denn wenn die Frage im wirklichen Leben häufiger gewesen wäre, so würde sie gleich den andern öfter erwähnt werden, als nur dieses einzige Mal; und es scheint mir nicht unmöglich zu sein, daß die Pandekten über das Rechtsverhältniß, welches zu Grunde lag, vielleicht überhaupt nichts weiter enthalten. Wenigstens ist es mir nicht gelungen, mit einigermaßen beweisender Kraft die einzelne Klage zu bestimmen; und da es nutzlos sein würde, eine ganze Reihe von Möglichkeiten aufzuführen, an welche sich denken ließe, so mag die richtige Lösung des Räthsels dem glücklicheren Blicke eines Anderen anheimgestellt bleiben[22]).

---

22) Damit wenigstens ein Beispiel genannt sei, so wäre es möglich, eine actio aquae pluviae arcendae zu supponiren, und zwar auf den Grund der L. 11. §. 3. D. de aqua et aquae pluv. arc. 39, 3; indessen erregt der Umstand Bedenken, daß die Frage nicht auf das Eigenthum (quota ex parte fundus eius sit?), sondern auf den Besitz gerichtet ist. — Einem andern Leser sagt es vielleicht mehr zu, den actor in ganz specieller Bedeutung auf einen actor municipum zu beziehen, welcher den Canon für einen actor vectigalis einklagt. Bei dieser Voraussetzung würde sich die Richtung der Frage auf das possidere arg. L. 1. D. si ager vectig. 6, 3. sehr gut erklären; und wenngleich in ähnlichen Verhältnissen häufig eine solidarische Verbindlichkeit der einzelnen Theilhaber eintrat, so spricht doch nicht allein die Regel des römischen Rechts für die theilweise Haftung, sondern diese Regel scheint auch in Betreff der mehreren Inhaber eines ager vectigalis zur classischen Zeit durch L. 7. pr. D. communi divid. 10, 3. bestätigt zu werden. — Cujacius a. a. O. bezieht die Stelle auf die Gläubiger, welche eine Missio in Bona gegen ihren Schuldner erhalten haben, und denselben fragen, ob und zu welchem Theile er ei-

Gesetzt übrigens, die versuchte Interpretation beruhte auf einem Irrthume, und unsere Stelle redete in der That von einer Vindication, so würde ich zwar vollkommen rathlos über die Art und Weise sein, auf welche sie sich in den Proceßgang dieser Klage einreihen ließe, aber ich würde immer noch bestreiten dürfen, daß sie, wie Rudorff meint [23]), eine Anwendung des Interdictum Quem fundum enthält. Denn vermittelst des Interdictum Quem fundum wird der Besitz transferirt, Paulus spricht aber nur von einer Missio in Possessionem, und wir haben bereits gesehen, daß es gänzlich unstatthaft ist, Beides einander gleichzustellen.

Ohnehin würde sich in specieller Beziehung auf unsere Stelle gegen die von Rudorff vorgenommene Verwechselung der Missio und der Translatio Possessionis ein sehr einfaches Gegenargument aus dem Wortbegriffe von transferre entnehmen lassen. Transferiren kann man nur unter der Voraussetzung, daß der Verlierende dasjenige besitzt, was der Erwerbende durch die Translatio erhalten soll [24]). Allein wenn der Beklagte auf die Interrogatio in Jure den Besitz abläugnet, so ist es vollkommen ungewiß, ob er ihn demungeachtet hat, oder ob er ihn nicht hat, und folglich ist es unmöglich, jenen Besitz vom Beklagten auf den Kläger zu transferiren; vielmehr würde die physische Mög-

---

nen zu seinem Vermögen gehörenden Fundus besitze; was mir freilich nicht das Richtige zu sein scheint.

23) a. a. O. S. 47.

24) Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß der Ausdruck transferre auch von den römischen Juristen in den sehr zahlreichen Stellen, in denen er vorkommt, beständig in diesem Sinne gebraucht wird.

lichkeit einer Translation erst dann vorhanden sein, wenn feststände, daß der Beklagte sich im Besitze befände. Ebendeshalb sehen wir in der L. 80. D. de rei vind. 6, 1, daß der Kläger den Beweis des beklagtischen Besitzes zu führen hat; dagegen enthält die L. 20. §. 1 D. de interrog. in iure 11, 1. von einem vorgängigen Beweisverfahren nicht das Mindeste. Der Kläger erhält den Besitz der unvertheidigten Quote ohne Weiteres; und auch dieser Umstand zeigt, daß sein Besitzerwerb nicht in einer Translatio, sondern — wie Paulus wörtlich sagt nur in einer Missio bestehen kann.

§. 22.

Fortsetzung. L. 8. C. quomodo et quando iudex 7, 43.

Nachdem ich die im zwanzigsten Paragraphen aufgestellten Grundsätze hinlänglich gegen das Herbeiziehen solcher Stellen geschützt zu haben glaube, welche sich nur theilweis, oder gar nicht auf dieselben beziehen, so bleibt noch die Interpretation eines dritten Gesetzes übrig, dem ich bei jenen Grundsätzen seinen Platz anwies, während man ihm bisher eine ganz andere Bedeutung gab.

> L. 8. C. quomodo et quando iudex etc. 7, 43. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Claudiae. — Consentaneum iuri fuit, temporibus ad praesentiam partis adversae praescriptis, praesidem provinciae, impleta iuris solemnitate, et adversario tuo trinis litteris, vel uno pro omnibus peremtorio edicto, ut praesentiam sui faceret, commonefacto, si in eadem contumacia perseveravit, praesentis allegationes audire; quod vel successor eius facere curabit. A

quo ter citatus si contumaciter praesentiam sui facere neglexerit, non abs re erit, vel ad cogendum eum, ut se repraesentet [1]), possessionem bonorum, cui incumbit, ad te transferre, et adversarium petitorem constituere, vel auditis defensionibus tuis id, quod iuris ratio exegerit, iudicare. P. P. III. Kal. Octob. ipsis IV. et III. AA. Coss. [290].

Meistens ist diese Stelle in einem sehr allgemeinen Sinne verstanden, und auf die Erhebung einer jeglichen Klage bezogen worden.

Bei dieser Auslegung hat sie zunächst die Veranlassung, und zugleich den einzigen quellenmäßigen Stützpunkt für die bereits erwähnte Theorie gegeben, nach welcher der Kläger in Abwesenheit des Beklagten das Wahlrecht gehabt haben soll, ob er um die Ertheilung einer Missio in Bona, oder um die Einleitung des Contumacialverfahrens nachsuchen wollte [2]).

Die Mehrzahl der neueren Schriftsteller hat jene Theorie nun freilich in Betreff des classischen Rechts verworfen, aber nicht in Folge einer verschiedenen Auslegung der Stelle, sondern indem sie dieselbe durch die Annahme beseitigen, unter Diocletian sei ein neues, von dem Rechte der classischen Zeit

---

1) Die abermalige Wiederholung des „vel" vor dem Worte possessionem ist sinnlos, und gegen die Lesart der besseren Handschriften; sie wird lediglich einem Versehen ihren Ursprung verdanken. Freilich hat man nicht selten, z. B. Zenger a. a. O. S. 79, geglaubt, die Stelle auch mit jenem dreimaligen vel verstehen zu können, und dem Kläger eine dreifache Möglichkeit eröffnet, nämlich Realcitation des Beklagten, oder Missio, oder Contumacialverfahren.

2) Siehe oben Seite 133.

verschiedenes Verfahren in Uebung gewesen, und das Wahlrecht habe lediglich in dem neuen Verfahren stattgefunden [3]). Indessen muß diese Annahme als unbegründet erscheinen, sobald man erwägt, daß die Kaiser keineswegs etwas Neues einführen wollen, sondern gerade umgekehrt mit deutlichen Worten sagen („**Consentaneum iuri fuit**“, „**impleta iuris solemnitate**“, „**quod iuris ratio exegerit**“), es solle nur das bestehende Recht zur Anwendung gebracht werden. Ueberdies ist es gewiß nicht wahrscheinlich, daß die Compilatoren ein etwa vorangegangenes allgemeines Gesetz Diocletians ungeschickter Weise unterschlagen, und dagegen eine einzelne Anwendung desselben aufgenommen hätten.

Hierzu kommen dann noch ein Paar andere Uebelstände. Eines Theils begreift man nicht, weshalb der Abwesende späterhin die Beweislast übernehmen und als Petitor auftreten soll [4]), und andern Theils wollen die Worte „**auditis**

3) Rudorff, Grundriß u. s w. §. 89. C. — Heffter a. a. O. §. 324. — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 292 und 293 erwähnt unsere Stelle zwar bei den dinglichen Klagen; aber er erblickt in derselben ebenfalls ein völlig neues Recht (vgl. auch a. a. O. S. 284), gestattet dem Kläger die unbedingte Wahl zwischen beiden Arten des Verfahrens, und verwechselt, ebenso wie dies rücksichtlich des classischen Rechts geschehen ist (vgl. oben Seite 60), die Missio und Translatio mit einander (vgl. Seite 293, insbesondere Note 17 und 18). Der letztere Irrthum tritt noch etwas klarer hervor bei Zimmern a. a. O. §. 136 a. E.

4) Heffter a. a. O. §. 325. hat dies zwar zu erklären versucht, aber indem er meines Erachtens sehr verschiedene Dinge mit einander vermischt, nämlich so: „Diese Maßregel (nämlich die Possessio Bonorum) umfaßte noch zu Diocletians Zeit unverkennbar das ganze Vermögen des latitirenden Schuldners, brachte ihn aber in die Nothwendigkeit, als Petitor aufzutreten, wenn einmal die Missio er-

defensionibus tuis" in keine von jenen Auslegungen passen. Denn es ist unumgänglich, dieselben auf die Klägerin zu beziehen, letztere wird den Proceß aber nicht mit einer defensio, sondern mit einer actio eröffnen [5]).

Jene verschiedenen Anstände scheinen mir nun durch die folgende Interpretation beseitigt zu werden:

Die Stelle ist ein Rescript, welches auf einen einzelnen Fall berechnet war; mithin dürfen wir in demselben keine theoretischen Regeln über die Erhebung der Klagen im Allgemeinen erwarten, sondern nur eine Vorschrift in Betreff derjenigen bestimmten Klage, welche die Klägerin anzustellen wünschte. Nun heißt es gegen Ende der Stelle, der Beklagte solle gezwungen werden, auf die Klägerin die possessio bonorum „cui incumbit" zu übertragen. Der hervorgehobene Zusatz würde müssig und unnatürlich sein, wenn es sich um das gesammte Vermögen des Beklagten handelte; in diesem Falle würde es einfacher, etwa possessionem bonorum ejus, heißen. Vielmehr weist jener Zusatz darauf hin, daß nicht die eigenen Güter des Beklagten, sondern (wirklich oder angeblich) fremde Güter gemeint sind, die der Beklagte besitzt, und welche den Gegenstand des

kannt war, d. h. er mußte entweder die Unstatthaftigkeit oder Nichtigkeit der Maaßregel beweisen, oder gegen Abfindung des immittirten Gläubigers auf Wiederkehrung des Besitzes klagen." Die hierzu gehörige Note 262 lautet dann: „Man vgl. hierüber die Rede Cicero's pro Quinctio und Dioclet. in l. 8. C. quomodo et quando." —

5) Vgl. über diesen letzteren Zweifel z. B. Vulteius l. c. p. 360. — Zenger a. a. O. S. 78 legt zwar auf unsere Stelle sehr viel Gewicht, indessen scheinen ihm die zuletzt erwähnten Bedenken überhaupt nicht gekommen zu sein.

Rechtsstreites bilden [6]). Die auf Herausgabe eines Gütercomplexes, eines Vermögens, gerichtete Klage ist aber die Erbschaftsklage. Die Anstellung derselben wird auch dadurch bestätigt, daß rücksichtlich des Beklagten nicht von **bonis, quibus incumbit**, sondern nur von einer **possessio bonorum, cui incumbit**, die Rede ist. Der Beklagte incumbirt nicht den Gütern selbst, sondern nur der Possessio Bonorum, oder, wie man gegenwärtig unter Voranstellung des Genitives zu sagen pflegt, der Bonorum Possessio, und die Klägerin will ihm dieselbe streitig machen.

Das Verfahren findet nun nach dem deutlichen Wortinhalte wegen Contumacia des Beklagten statt. Erscheint derselbe auf die dreimalige Ladung nicht, so würde die Regel des Rechtes dahin gehen, daß der Besitz der Erbschaftsgüter auf die Klägerin übertragen wird [7]). Diese Regel ist in der ersten Alternative enthalten:

> **vel ad cogendum eum, ut se repraesentet, possessionem bonorum, cui incumbit, ad te transferre, et adversarium petitorem constituere etc.**

6) Auch in andern Stellen findet sich der Ausdruck incumbere sehr gewöhnlich bei einem solchen Verhältnisse, z. B. L. 3. §. 15. D. ad exhib. **10**, **4**: Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni etc. — L. **2**. C. de fruct. et lit. exp. **7**, **51**: Litigator victus, qui post conventionem rei incumbit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur etc. — §. **14**. J. de obl. quae ex del. **4**, **1**. — L. **55**. D. de furtis **47**, **2**. — L. **3**. §. **15**. D. de susp. tut. **26**, **10**.

7) Vgl. von den bereits Seite 178 allegirten Stellen L. **6**. §. **6**. D. de Carb. edict. **37**, **10**. — L. **8**. D. si pars hered. pet. **5**, **4**. — L. **7**. §. **19**. D. quib. ex causis **42**, **4**.

Man sieht, es ist durchaus nicht von einer Missio in Bona, sondern von einer Translatio der Bonorum Possessio die Rede; und hieraus erklärt es sich ganz von selbst, daß der ursprüngliche Beklagte späterhin die Rolle des Klägers wird übernehmen müssen.

Indessen kann es sein, daß die bloße Translation im Falle der Contumacia nicht genügt. Dieselbe wird sich als unzureichend erweisen, wenn der Beklagte die Erbschaftssachen bereits ganz oder theilweise über die Seite gebracht haben sollte. In einem solchen Falle würde die Klägerin mit Ulpian sagen können:

> L. 25. §. 18. D. de hered. pet. 5, 3. Ulpianus [libro XV. ad Edictum.] – Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta; item pretiorum.

Ihr dinglicher Anspruch an die Sachen würde in einen persönlichen wider den Beklagten selbst übergehen, und sie würde die Untersuchung und Abgabe einer Entscheidung über den zu Grunde liegenden Rechtsstreit verlangen dürfen, damit die Execution wegen des abhanden Gekommenen in das eigene Vermögen des Beklagten vollstreckt werden könne. Diese Möglichkeit findet nun in der zweiten Alternative Berücksichtigung [8]):

---

[8]) Ganz analog wird dieselbe Möglichkeit für den Fall der Latitatio erwähnt in der bereits Seite 62 erklärten L. 7. §. 18. D. quib. ex causis 42, 4; auch hier half die bequemere Missio in den Besitz der Erbschaftssachen nicht aus, sondern es mußte zum Verkaufe der Güter des Latitirenden geschritten werden.

vel auditis defensionibus tuis id, quod iuris ratio exegerit, iudicare.

Natürlich wird es der Klägerin obliegen, welche ein eigentliches Judicat erlangen will, ihrerseits das Vorhandensein der Bedingung darzuthun, welche eine solche Abweichung von der Regel des Rechts erforderlich machen könnte: sie wird beweisen müssen, daß die Translation des Erbschaftsvermögens für die Befriedigung ihrer Ansprüche nicht ausreiche. Diese Nothwendigkeit, sich durch eine selbstständige Beweisführung gleichsam dagegen zu wehren, daß der ganze Proceß durch eine Translatio beendigt werde, ist es aber, welche vermittelst des Ausdruckes vel auditis defensionibus tuis angedeutet wird.

Endlich weist das Rescript auch auf die Veranlassung hin, durch welche die Kaiser bewogen wurden, die Klägerin an jene zweite Möglichkeit besonders zu erinnern. Wahrscheinlich hatte dieselbe bereits in ihrer Supplik vorgestellt, die Translation der vorhandenen Erbschaftsgüter werde zu ihrer Befriedigung nicht ausreichen, und es sei daher nothwendig, daß der Beklagte zum persönlichen Erscheinen gezwungen, und in der Sache selbst geurtheilt werde; denn erst bei dieser Supposition erhalten die Worte „vel ad cogendum eum, ut sese repraesentet" das rechte Licht.

Es läßt sich nämlich streng genommen wohl nur von der Missio sagen, daß sie in der Absicht verfügt werde, den Beklagten zum Erscheinen zu nöthigen; dagegen besteht der eigentliche Zweck der Translatio darin, dem erhobenen Anspruche unmittelbare Befriedigung zu verschaffen. Dieser Zweck wird durch die Uebertragung des juristischen Besitzes vollkommen erreicht, indem das behauptete dingliche Recht nunmehr ungestört ausgeübt werden kann; und erst dann, wenn

der Beklagte sich bei dem Verluste der Sache nicht beruhigt, wird die Missio daneben auch den Erfolg haben, daß jener vor Gericht erscheint und auf Zurückgabe der Sache klagt.

Hiervon abgesehen, wurde selbst rücksichtlich der Missio die allgemein wahre theoretische Bemerkung, daß dieselbe den Zweck habe, den Beklagten zum persönlichen Erscheinen zu zwingen, vielleicht für ein heutiges Lehrbuch des Processes angemessen sein; aber in einem Rescripte römischer Kaiser dürfen wir einen solchen Gemeinplatz schwerlich erwarten.

Vielmehr haben dieselben lediglich die vorhergegangenen Klagen der Bittstellerin im Auge, und den praktischen Erfolg, welchen die Translatio vermuthlich mit sich führen werde. Der Verlust der vorhandenen Erbschaftsgüter, antworten sie, werde ein hinlängliches Motiv für den Beklagten bilden, um vor Gericht zu kommen und seine Rechte geltend zu machen; aber sollte ihn die Translatio nicht dazu bewegen, so stehe es der Klägerin frei, ihrerseits in Abwesenheit des Beklagten eine definitive Entscheidung herbeizuführen.

Uebrigens steht es mit der obigen Auslegung keineswegs in Widerspruch, daß folgende beide Stellen:

L. 17. §. 1. D. de inoff. test. 5, 2. Paulus [libro II. Quaestionum.] — Quum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamentifactionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit; hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri; et ideo libertates competunt et legata petuntur;

L. 14. §. 1. D. de appell. 49, 1. Ulpianus [libro XV. ad Edictum.] — Quotiens herede non respondente secundum adversarium senten-

tia datur, rescriptum est, nihil nocere neque legatis, neque libertatibus; et hoc Divorum Fratrum epistola continetur ad Domitium in haec verba: Quod absente possessore, ne quoquam nomine eius respondente, pronuntiatum est, non habet rei iudicatae auctoritatem, nisi adversus eum solum, qui adesse neglexerit; quare his, qui testamento libertates, vel legata, vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset iudicatum; et ideo adversus eum, qui vicit, permittimus iis agere;

oben [9]) als solche angeführt wurden, welche wahrscheinlicher Weise vom Verfahren vor der Litiscontestation handeln [10]), in diesen Stellen aber die definitive Entscheidung ohne Wei=

9) Vgl. Seite 137. Note 8.

10) Zwar ist es nicht unmöglich, die Stellen auch auf das Verfahren nach der Litiscontestation zu beziehen; indessen läßt es die ganze Fassung, namentlich das non respondere, sofern man dasselbe auf die Citation durch den Präco beziehen darf (L. 7. D. de in integr. rest. 4, 1.), bei Weitem angemessener erscheinen, an das Verfahren in Iure zu denken. Rücksichtlich der letztern Stelle kommt hinzu, daß dieselbe durch diese Beziehung in einen sehr passenden Gegensatz zu dem vorhergehenden Proömium tritt, welches (ebenso wie z. B. L. 50. §. 1. D. de legatis I.) entschieden vom Verfahren im Iudicium handelt; wogegen nach der gewöhnlichen Auslegung der §. 1. im Wesentlichen nur wiederholen würde, was bereits im Proömium gesagt worden ist. Denn wenn die Legatare sogar im Falle der Collusion das Recht der Intervention haben, so verstand es sich wohl von selbst, daß ihnen dasselbe bei offener Contumacia des eingesetzten Erben um so viel mehr zustehen mußte, und dieser Fall würde schwerlich mit besonderer Ausführlichkeit behandelt sein.

teres abgegeben wird. Denn es ist nicht von der einfachen hereditatis petitio, sondern von der querela inofficiosi testamenti die Rede. Bei dem letzteren Rechtsmittel ist jedoch nach römischer Anschauung der, einer dinglichen Klage ähnliche, Erfolg der Erwerbung der Erbschaft die Nebensache; der Hauptzweck des Klägers besteht darin, die Unbill von sich abzuwehren, welche in der unverdienten Enterbung liegt (actio vindictam spirans). Es würde mithin nur consequent gewesen sein, wenn man diese Klage den persönlichen gleichgestellt, und dem Kläger das Recht ertheilt hätte, im Falle der Contumacia des Erben, welcher für den Testirer einzustehen hat, allemal eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Enterbung herbeizuführen.

§. 23.

Besondere Fälle. Contumacia des Klägers.

Im Vorhergehenden sind die Folgen der Contumacia des Beklagten je nach dem Unterschiede zwischen dinglichen und persönlichen Klagen erörtert worden.

Indessen ist bei den letzteren noch zu beachten, daß verschiedene von ihnen nicht rein persönlicher Natur sind. Allerdings werden sie gegen die Person des Beklagten gerichtet; aber derselbe ist nicht das unmittelbar verpflichtete Subject, sondern er haftet nur deshalb, weil er zur Vertretung der zunächst obligirten Person oder Sache verbunden ist. In Fällen dieser Art wird ein eigenthümliches Contumacialverfahren zur Anwendung kommen müssen; und im Gegensatze zu denjenigen Ansprüchen, welche unmittelbar wider die Person des Beklagten gehen, besteht der Unterschied hauptsächlich darin, daß die Execution nicht wider den Be-

klagten, sondern wider das eigentlich schuldige Subject gerichtet wird.

Hierhin gehören zunächst die Noxalklagen. Der Anspruch geht an und für sich wider den Sclaven oder das Thier, durch welches der Schaden angerichtet wurde; und wenn der Herr desselben die Uebernahme der Klage verweigert, so tritt nicht etwa die Execution in dessen Vermögen, sondern nur Ductio des Sclaven oder Thieres durch den Kläger ein [1]).

Aehnlich verhält es sich bei der Forderung einer Cautio Damni infecti; denn auch hier haftet der Eigenthümer nur, sofern er das Schaden drohende Haus zu vertreten hat [2]). Zunächst wird eine Missio in Rem verfügt; und wenn sich nach gehöriger Denunciation kein Vertreter findet, so untersucht der Prätor den erhobenen Anspruch und spricht dem Kläger vermittelst der Missio ex secundo decreto den Usucapionsbesitz des Hauses zu [3]). Diese zweite Missio vertritt die Stelle des eigentlichen Contumacialurtheils, wie sich nicht allein aus der Nothwendigkeit der Causä Cognitio, sondern auch daraus ergiebt, daß das Missionsdecret von definitiver Wirkung ist. Dem Eigenthümer kann nach Erlassung desselben nur noch im Wege der Restitution geholfen werden; welche letztere freilich unter Umständen sogar noch ertheilt wird, wenn die Ersitzung bereis vollendet ist [4]).

---

1) L. 33. D. nox. act. 9, 4. — Ist der Herr zugegen, so soll er freilich zur Uebertragung gezwungen werden. L. 32. D. ibid. 9, 4.

2) Vgl. auch Zimmern, das System der römischen Noxalklagen S. 42 ff.

3) L. 7. pr. L. 15. §§. 16, 21, 27, L. 18. §. 15. D. de damno inf. 39, 2. — L. 3. §. 23. D. de acq. vel amitt. poss. 41, 2.

4) L. 15. §. 22. D. de damno inf. 39, 2. — L. 15. §. 2 sqq. D. ex quibus causis maiores 4, 6.

Auf der nämlichen Grundidee, aber mit verschiedenen Modificationen, beruht die Missio, welche den Legataren in den Erbtheil des Onerirten, und im Nothfall zwar in dessen eigenes Vermögen, aber nur mit dem Rechte der Fruchtnutzung gegeben wird [5]; ferner die Derelictionsbefugniß bei der actio aquae pluv. arc. [6]) u. s. w.

Es sind eigenthümliche Gründe, welche in den genannten, und verschiedenen ähnlichen, Verhältnissen eine Abweichung von der Regel des Rechts herbeiführen; und für unsern Zweck wird es genügen, an diesen Umstand erinnert zu haben. Die detaillirte Darstellung jeder einzelnen Ausnahme liegt außerhalb der Aufgabe, zumal nicht selten ein genaueres Eingehen auf die Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses erforderlich werden würde.

Was endlich die Contumacia des Klägers betrifft, so ist dieselbe vor Anstellung der Klage unmöglich, weil Niemand zum Klagen gezwungen wird. Versäumt der Kläger nach Anstellung der Klage, den Befehlen des Gerichtes nachzukommen, so versteht es sich von selbst, daß aus der Fortsetzung des Verfahrens nichts werden kann (**Denegatur actio**) [7]).

§. 24.

Schluß.

Ehe ich diese Abhandlung schließe, halte ich mich für verpflichtet, noch der folgenden Stelle zu gedenken:

---

5) Mühlenbruch, Pandekten §. 739.

6) L. 7. §. 1. D. de aquae pluv. arc. 39, 3.

7) z. B. L. 1. §§. 10 et 13, L. 3. pr. D. de collatione 37, 6 — L. 14. C. de collat. 6, 20. Vgl. auch L. 73. §§. 1 et 2. D. de iudiciis 5, 1.

pr. I. de success. sublatis 3, 12: Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones. Qualis fuerat bonorum emtio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt: sed quum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt, et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere, et prout utile iis visum fuerit, ea disponere, quod ex latioribus Digestorum libris apparebit.

Ich erwähne dieselbe zunächst, um eine Abwehr hinzuzufügen.

Es wurde nämlich oben geäußert, kein einziges Quellenzeugniß lasse vermuthen, daß das Contumacialverfahren zur Zeit der classischen Juristen auf die Cognitio extraordinaria beschränkt gewesen sei; und man könnte unsere Stelle benutzen wollen, um jene Aeußerung zu widerlegen.

Die Institutionen sagen ausdrücklich, die Bonorum Venditio habe nur so lange stattgefunden, als die Judicia ordentliche gewesen seien; da die spätere Zeit sich der außerordentlichen Judicia bedient habe, so sei eben deshalb mit den Judicia ordinaria auch die Bonorum Venditio verschwunden, und es stehe den Gläubigern nur noch frei, den Besitz der Güter des Schuldners officio iudicis zu erlangen, worauf sie nach Gutdünken über dieselben verfügen dürften. Wenn aber die Gläubiger bei den extraordinaria Judicia nur nach vorgängiger Untersuchung und Entscheidung über ihre Ansprüche in den Besitz der Güter des Schuldners gelangten, so mußte es auch ein Verfahren geben, durch welches die

Abgabe des Erkenntnisses wider den abwesenden Schuldner ermöglicht wurde; und dieses Verfahren konnte wiederum in nichts Anderem, als in einem Contumacialprocesse, bestehen. Mithin, so würde die Schlußfolgerung enden, war der Contumacialproceß eine Eigenthümlichkeit des außerordentlichen Verfahrens; wogegen man im ordentlichen Verfahren ohne vorgängiges Erkenntniß, und folglich ohne Contumacialproceß, zu der Bonorum Venditio schritt.

Ich gebe die Richtigkeit dieser Argumentation zu; allein ich bitte, nunmehr zu vergleichen

Theophilus Paraphras. ad hunc locum: *Πρὸ τῆς καθομάδα κτήσεως, ἣν ἐν τῷ προλαβόντι διεξήλθομεν τιτλῷ, ἦσαν καὶ ἕτεραι καθομάδα κτήσεις, οἷον ἡ* **bonorum emtio**, *ἤτοι τῶν πραγμάτων ἀγορασία, ἥτις ἐπὶ τοῖς πιπρασκομένοις πράγμασιν ἐγίνετο τοῦ δεβίτωρος, διὰ πολλῶν κύκλων καὶ πολλῶν περιόδων γενομένη· τότε χώραν ἔχουσα, ἡνίκα τὰ δικαστήρια ὀρδινάρια ἦν, τουτέστιν ἡνίκα ἐκινεῖτο ἐν μόνῳ τῷ καιρῷ τοῦ κονβέντου· (περὶ δε κονβέντου ἐδίδαξεν ἡ πρώτη ἰνστιτουτιών·) σήμερον δὲ τῶν δικαστηρίων ἐξτραορδιναρίων ὄντων, καὶ ἐν παντὶ καιρῷ γυμναζομένων, εἰκότως αἱ* **bonorum venditiones** *εἰσὶν ἐν ἀχρηστίᾳ. Καὶ ἐπειδὰν εὑρεθῇ τις πολλοῖς ἐποφείλων, ὀφφικίῳ τοῦ δικαστοῦ δίδοται τοῖς κρεδίτωρσι παῤῥησία ἐν κατοχῇ γενέσθαι τῶν τοῦ κοινοῦ δεβίτωρος πραγμάτων, καὶ ταῦτα διαθεῖναι, καθ' ὃν ἂν συνίδοιεν συμφέρειν αὐτοῖς τρόπον. Ἔξεστι δὲ ταῦτα ἐκ τῆς πλατυτέρας τῶν Διγέστων ἐκδόσεως γνῶναι τελειότερον* [1]).

---

1) Bei Reitz: Ante adquisitionem universalem, quam in supe-

Theophilus versteht hiernach unter Judicia ordinaria solche Gerichte, welche nur zu gewissen Zeiten des Jahres stattfinden, und unter Judicia extraordinaria solche, welche beständig gehalten werden.

Die Institutionenstelle überliefert nun aber nicht etwa die Worte eines classischen Juristen, sondern sie ist von den Compilatoren hinzugefügt, um den Leser wegen der Veränderungen aufzuklären, welche mit der Bonorum Venditio vor sich gegangen sind. Theophilus war einer von den Compilatoren; und es hieße folglich nichts Geringeres, als denselben die Worte im Munde verdrehen, wenn wir den Judicia ordinaria und extraordinaria der Institutionen einen andern Begriff unterlegen wollten, als denjenigen, welchen die Paraphrase des Theophilus damit verbindet.

Dagegen sind in der ganzen vorstehenden Abhandlung die Worte „außerordentliches Verfahren" und „Cognitio extraordinaria" in demselben Sinne genommen worden, in welchem die neueren Schriftsteller sie zu nehmen pflegen; und da die Definition der Neueren von der Definition des Theophilus gänzlich verschieden ist, so ergiebt sich von selbst, daß

---

riori enarravimus titulo, erant et aliae adquisitiones universales, veluti BONORUM EMTIO; quae in rebus debitoris vendundis fiebat, per multas ambages multosque circuitus facta: tunc locum habens, quum iudicia ordinaria erant, id est, quum solo conventus tempore exercebantur: (sed de conventu prima Institutio docuit:) hodie autem, quum iudicia sint extraordinaria, atque omni tempore exerceantur, consequenter bonorum venditiones non sunt in usu. Et si quis reperiatur multis debens, officio iudicis creditoribus facultas datur in possessionem bonorum communis debitoris venire, eaque disponere, quemadmodum sibi conducere cognoverint. Haec autem licet ex latiore Digestorum editione perfectius nosse.

die Institutionenstelle nicht benutzt werden darf, um den Inhalt des siebzehnten Paragraphen zu widerlegen [2]).

Soviel zur nachträglichen Rechtfertigung jenes Abschnittes.

Verweilen wir indessen noch einen Augenblick bei unserer Stelle.

Dieselbe erfüllt vollkommen den Zweck, zu welchem sie von den Compilatoren hinzugefügt wurde, sobald wir uns nur getrost den Begriff aneignen, welchen sie mit den Judicia ordinaria und extraordinaria verbunden haben. Alsdann eröffnet die Stelle allerdings das Verständniß des Verhältnisses, in welchem Bonorum Venditio und Contumacialverfahren zu einander stehen, und bietet ebensowohl die Beantwortung der Frage dar, welche am Ende des achtzehnten Paragraphen (Seite 170 ff.) unbeantwortet bleiben mußte, als die Erklärung der Veränderungen, welche nach der classischen Zeit vor sich gegangen sind.

Wenn man nur zu gewissen Zeiten Gericht hält, so kommt alles darauf an, daß sich der Beklagte zur bestimmten Gerichtszeit stelle. Deshalb die häufige Uebung des strengen Rechtes der Vocatio in Jus; deshalb das auf Tag und Ort gerichtete Vadimonium; deshalb die Befugniß des vorläufigen Güterverkaufes. Bleibt der Beklagte am Tage

---

2) In diesem Verhältnisse der Paraphrase zu den Institutionen mag auch der Grund liegen, weshalb die letzteren bei der Beschränkung des Contumacialprocesses auf das außerordentliche Verfahren von den neueren Schriftstellern nicht einmal allegirt werden. Bethmann-Hollweg scheint hierin vorangegangen zu sein; und einem in der Wahl seines Beweismaterials so sorgfältigen Schriftsteller konnte es schwerlich entgehen, daß die Erläuterung des Theophilus den Institutionen jede Beweiskraft für die aufgestellte Theorie entzog.

des Gerichtes aus, so kann man ihn nicht auf einen andern laden; denn zufolge des „Ordo" sind für die anderen Tage andere Sachen angesetzt, und sobald dieselben ihre Erledigung gefunden haben, geht das Gericht auseinander. Ebensowenig kann man den Kläger darauf verweisen, daß er bis zur folgenden Gerichtsperiode warte; und es bleibt daher nichts übrig, als ihm die vorläufige eigenmächtige Befriedigung zu gestatten. Sobald man dagegen ständige Gerichte hat, so kann man den ausbleibenden Beklagten laden; denn falls er erscheint, sind auch die Richter bei der Hand, welche die Sache untersuchen und entscheiden werden. Während der classischen Zeit bestehen noch beide Einrichtungen neben einander; aber bald darauf sind sämmtliche Gerichte extraordinaria geworden; und das Nothmittel der Bonorum Venditio verschwindet vor dem sichereren und gerechteren Contumacialproceß.

Ich würde nicht so weit gegangen sein, die obige Erklärung der Institutionen ohne die dazu gehörigen ferneren Beweisstellen zu nennen, hätte nicht das gewählte Thema mit innerer Nothwendigkeit zu diesem Ende gedrängt. Allein da jene Erklärung genannt worden ist, so will ich nur gleich hinzufügen, daß der Begriff, welchen Theophilus bei den Judicia ordinaria und extraordinaria im Sinne hat, durch eine Reihe von Zeugnissen der römischen Classiker [3]) und der römischen Juristen bestätigt wird; und daß der Uebergang aus dem „Ordo" in das „extra Ordinem" nach dieser, gegenwärtig fast unbeachteten, Bedeutung für das gesammte römische Proceßwesen von den entscheidendsten Folgen war.

---

[3]) Ein paar davon sind Seite 148 Note 24 beiläufig allegirt worden.

Was aber den Begriff anlangt, welchen man gegenwärtig mit den Bezeichnungen Ordo Judiciorum privatorum und extra Ordinem zu verbinden pflegt, so halte ich es nicht für richtig, auf den Grund des Digestentitels **de extraordinariis cognitionibus** den Unterschied anfangs darin zu setzen, daß im Ordo ein Judex datus, und extra Ordinem ein Magistratus gerichtet habe; diesen Unterschied demnächst auch in solche Stellen hineinzulegen, welche gar nicht von **extraordinariae cognitiones**, sondern von **extraordinaria iudicia** sprechen [4]; sodann wieder einzuräumen, daß es im Verfahren extra Ordinem ebensowohl einen Judex datus geben könne, wie im Ordo Judiciorum; und schließlich diese und andere Inconsequenzen in den verwirrten Begriff des Justinianeischen außerordentlichen Verfahrens aufgehen zu lassen [5].

Diese Auffassung wird es entschuldigen, daß ich weder das Verhältniß der Bonorum Venditio zum Contumacialverfahren genauer ausgeführt, noch die Entwicklung des Ganzen bis auf das Justinianeische Recht verfolgt habe. Beides ließ sich nicht anders darstellen, als wenn ich Ansichten als bewiesen voraussetzte, welche nach dem Stande der herrschenden Meinung nicht vorausgesetzt werden durften; und der erforderliche Beweis war nicht auf wenigen Seiten, sondern nur in der ausführlichen Entwicklung dieses Theils der

---

4) Vgl. Paulus in der irrthümlich für interpolirt erklärten L. 47. §. 1. D. de neg. gest. 3, 5; Diocletian in L. 3. C. de interdictis 8, 1; Justinian in pr. J. de sublatis success. 3, 12; §. 8. J. de interdictis 4, 15.

5) Unter den neueren Schriftstellern hat Tigerström, Innere Geschichte des Röm. Rechts, Berlin 1838. S. 167 und 168 dies ganz richtig gesehen; aber sein Widerspruch blieb ohne Nutzen, weil ihm der wahre Begriff eines Judicium extraordinarium entgangen war.

römischen Gerichtsverfassung zu erbringen. Indessen werde ich versuchen, ihn demnächst zu liefern; und es würde sich wohl erst dann beurtheilen lassen, ob ich im Irrthum war, oder im Zusammenhange des Uebrigen auch die unerledigt gebliebenen Fragen des Contumacialverfahrens ihre richtige Lösung finden.

Anhänge.

I.

Ueber die Vocatio in Jus.

Vermittelst der Vocatio in Jus forderte der Kläger den Beklagten auf, ihm sofort vor den Prätor zu folgen, und brachte dieses Verlangen nöthigenfalls mit Gewalt zur Geltung. Wenn beide Parteien vor Gericht erschienen waren, so wurde der Rechtshandel jedoch nicht sogleich untersucht und entschieden; sondern der Kläger edirte nun erst die anzustellende Klage, der Prätor setzte einen neuen Termin für die Verhandlung der Sache und die Ordinatio Judicii an, und der Beklagte versprach durch die Leistung des Vadimonium, daß er in diesem zweiten Termine erscheinen wolle. Der Eingangstermin konnte also dadurch erspart werden, daß der Kläger die Edition der Klage außergerichtlich vornahm, und der Beklagte ebenfalls außergerichtlich Vadimonium wegen seines Erscheinens in dem (zweiten) Termine leistete, in welchem die Sache selbst zur Untersuchung kommen sollte.

Indessen beruhte die Befugniß des Klägers, von vornherein Vadimonium zu verlangen, zunächst auf dem Rechte der Vocation. Noch immer trat er den Beklagten an mit der Aufforderung, ihm vor Gericht zu folgen; nur fügte er

das Erbieten hinzu, daß er das Vadimonium auch außergerichtlich annehmen wolle. Ließ sich nun der Beklagte billig finden, so entging er der Folge; wo nicht, so zog ihn der Kläger sofort vor Gericht, und erzwang hier von ihm, was außergerichtlich nicht zu erreichen war.

Das Vadimonium setzt mithin eine ausdrückliche oder stillschweigende Vocatio in Jus voraus. Auch wird dieses Verhältniß gegenwärtig nicht eigentlich geläugnet, aber demungeachtet stellt man die Forderung des Vadimonium sehr entschieden in den Vordergrund. Man läßt dieselbe fast als eine selbstständige Art der Klageinleitung erscheinen, und will, gleichsam im Gegensatze zu dieser neueren Form, die Vocation frühzeitig als veraltet betrachten. Schon bei Cicero finde sich nicht Ein Beispiel der Vocatio; und dieselbe habe etwa nur noch gegen Leute, wie der Schwätzer des Horaz oder ärgere, gute Dienste gethan [1]).

Dagegen ist Seite 158 angenommen worden, daß die Vocation noch zur Zeit der classischen Juristen in häufiger Uebung gewesen sei; und es scheint mir daher angemessen, jene Behauptung nachträglich durch einige Gründe zu unterstützen.

Die Vorstellung von der frühzeitigen Desuetudo der Vocation scheint zunächst durch die bekannte Stelle des Gellius Noct. Attic. Lib. XX. cap. 1. veranlaßt zu sein. Nun ist zwar bei diesem Schriftsteller öfter die Rede davon, daß manche Vorschriften der zwölf Tafeln nicht mehr beobachtet würden; allein rücksichtlich der Vocation äußert sich der Philosoph Favorinus nur folgendermaßen:

sicut illud quoque, non humaniter scriptum,

---

1) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 247. — Puchta a. a. O. §. 160 vor Note m.

improbavit (scil. populus Romanus): quod si homo in ius vocatus, morbo aut aetate aeger, ad ingrediendum invalidus est, arcera non sternitur; sed ipse aufertur, et iumento imponitur, atque ex domo sua ad Praetorem in Comitium nova funeris facie effertur; quam enim ob causam morbo affectus, et ad respondendum pro sese non idoneus, iumento adhaerens in ius adversario deportatur?

und der Jurist Sextus Cäcilius belehrt ihn hierauf, daß die betreffende Bestimmung der Decemvirn durchaus nicht inhuman genannt werden könne. Denn unter iumentum habe man damals nicht ein bloßes Lastthier, sondern einen Wagen verstanden, nur nicht einen so bequemen, als die arcera gewesen sei; auch sei bei dem morbus, auf welchen sich der Vocirte nicht berufen dürfe, keineswegs an einen morbus sonticus, sondern nur an eine leichtere Krankheit gedacht; die Berufung auf eine solche habe man aber ausschließen müssen, weil das Recht der Vocatio dadurch sehr leicht hätte vereitelt werden können.

Hieraus ergiebt sich nun freilich, daß die ursprüngliche Bedeutung des iumentum und der arcera in Vergessenheit gerathen war, und daß man — wie Favorinus sich die Sache vorstellte — keine Todtkranken auf einem Pferde oder Esel vor den Prätor schleppte, um sie in Jus zu vociren; aber es ergiebt sich nicht, daß die Vocatio selbst, nämlich das Verlangen sofortiger Folge vor den Prätor, und der eventuelle Gebrauch der Gewalt, zur Zeit des Favorinus außer Uebung gewesen sind. Vielmehr ließe sich aus dem Umstande, daß Favorinus nur eine bestimmte Art der Vocatio tadelt und als ungebräuchlich darstellt, eher der umgekehrte Schluß ziehen. Wenn man Jemanden in Jus vocirt,

(**si homo in ius vocatus**) sagt er wörtlich, so fängt man's nicht mehr auf die Weise an, welche nach dem Rechte der zwölf Tafeln erlaubt sein würde; diese letztere Bemerkung setzt aber voraus, daß Vocationen überhaupt in Uebung waren.

Hiervon abgesehen, giebt es meines Wissens kein positives Quellenzeugniß, welches für das frühzeitige Veralten der Vocation angeführt werden könnte; vielmehr scheint sich diese Meinung hauptsächlich Eingang verschafft zu haben, weil man in jener Einrichtung etwas besonders Unhöfliches, feineren Sitten Widerstrebendes zu finden glaubte [2]).

Ich will die Richtigkeit dieser Anschauung nicht bestreiten, sofern es sich um das „**obtorto collo rapere**" der Comödiendichter handelt; allein dieses Bild ist als das regelmäßige ebensowenig berechtigt, wie wenn man heutzutage bei einer gerichtlichen Ladung sofort an eine Scene denken wollte, in welcher der Geladene unter Toben und Schreien vom Gerichtsdiener davongeschleppt wird.

Uebrigens lassen sich Ladungen ebensowohl höflich, als unhöflich ausrichten [3]); und daß es unrömisch ist, in dieser

---

[2]) In älterer Zeit wollte man sie daher nur gegen Leute geringeren Standes angewandt wissen, vgl. Bachov. ad Treutl. Vol. I. Disp. 4, thes. 1, litt. B. und die bei Glück, Opusc. iurid. Fasc. II. pag. 309. not. 14 angeführten Schriftsteller; und es scheint nicht ganz ohne Nachklang dieser Auffassungsweise zu sein, wenn z. B. Bethmann-Hollweg a. a. O. von einem unhöflichen Antreten auf der Straße spricht, und aus dieser Idee den häufigeren Gebrauch der Einleitung durch Vadimonium ableitet. Derselbe erklärt sich schon dadurch genügend, daß es für beide Parteien bequemer war, den ersten Termin in Jure zu ersparen.

[3]) Wenn z. B. Zimmern a. a. O. §. 111 vor Note 11, vgl. §. 144. Note 15, auf den Umstand Gewicht legt, daß wenigstens das ducere

Beziehung einen Unterschied zwischen der Vocatio und der Forderung des Vadimonium zu machen, geht wohl zur Genüge daraus hervor, daß die Römer hinsichtlich derjenigen Personen, welchen der Kläger **reverentia** schuldet, beide Arten der Klageinleitung ohne vorgängige obrigkeitliche Erlaubniß gleichmäßig verpönen [4]).

Ferner liegt es in der Natur der Sache, daß der größere oder geringere Raum, welcher der zwangsweisen Ladung in einem jeden Proceßsysteme zukommt, niemals durch die bloße Möglichkeit gütlicher Privatvereinbarungen ersetzt werden kann; sondern man hat nur die Wahl, wie man ihn zwischen dem privaten und dem obrigkeitlichen Zwange vertheilen will. Letzterer bildet gegenwärtig die Regel; aber dieser Umstand berechtigt uns nicht, die römische Einrichtung, welche den Aufgeforderten verpflichtet, auch ohne die Gegenwart eines Officialen vor Gericht zu folgen, dagegen den Ladenden der Injurien- und anderen Klagen aussetzt, falls er ohne genügenden Grund auf der sofortigen Folge besteht oder Gewalt anwendet [5]), für unpractisch und civilisirterer Zeiten unwürdig anzusehen.

Sehen wir uns jetzt einmal nach den Zeugnissen der

---

in ius noch zur Zeit des Gajus vorgekommen sein müsse, arg. L. 5. §. 1. D. qui satisdare cog. 2, 8, so ist hierauf doch wohl zu erwidern, daß das vocare, das sequi, das ducere, das trahere und schließlich das obtorto collo rapere in der That nur Züge eines und desselben Bildes sind.

4) Gai. Comm. IV. §. 187: Quas autem personas sine permissu Praetoris in ius vocare non possumus, easdem nec vadimonio invitas obligare possumus, praeterquam si Praetor aditus permittit.

5) L. 5. §. 1. D. qui satisdare cog. 2, 8. — L. 13. §. 3. D. de iniuriis 47, 10.

Classiker um, so erwähnt Cicero nicht allein die Vocationen anderer Leute,

pro Quinctio Cap. XIX. §. 61: — Videamus, quae deinde sint consecuta. — Debere tibi dicis Quinctium: procurator negat. Vadari vis: promittit. In ius vocas: sequitur. Iudicium postulas: non recusat etc.;

sondern er hat selbst Vocationen ausgeführt;

in Verr. Act. II. Lib. II. Cap. LXXVI. §. 187: — ut res quam maxime clara ac testata esse posset, in ius ad Metellum Carpinatium voco, tabulasque societatis in forum defero. Fit maximus concursus hominum etc.;

und eine davon recht malerisch beschrieben:

in Verr. Act. II. Lib. IV. Cap. LXVI. §. 148: — Huius (scil. Theomnasti) tamen insania, quae ridicula est aliis, mihi tum molesta sane fuit. Nam quum spumas ageret in ore, arderent oculi, voce maxima vim me sibi afferre clamaret, copulati in ius pervenimus. Hic ego postulare coepi, ut mihi tabulas obsignare ac deportare liceret; ille contradicere etc.

Auch bei andern Schriftstellern finden sich theils wirklich vorgekommene Fälle der Anwendung:

Asconius in Cic. orat. in toga candida p. 84. (Orelli)

Horat. Sat. I, 9 in f.

Tacitus Annal. II, 34; IV, 21 [6]);

---

6) Nach der ganzen Schilderung liegt das Auffallende offenbar nicht in dem Vorkommen einer Vocatio an und für sich, sondern darin, daß

theils wird die Vocatio, sei es in scherzhafter,

Cicero pro Cluentio c. 21 in f.

Seneca de morte Claudii c. 11 in f. c. 13 in f.

sei es in ernster Weise,

Iuvenalis Satir. X. v. 82—89.

Plinius Panegyr. c. 36.

mehrfach als eine Sache der practischen Uebung erwähnt. Insbesondere würde Plinius noch im zweiten Jahrhundert, um die Unparteilichkeit des Trajan zu verherrlichen, gewiß nicht geschildert haben:

Dicitur actori atque etiam procuratori tuo: in ius veni, sequere ad tribunal etc.

wenn diese Einleitung des Processes, also namentlich das Verlangen augenblicklicher Folge, zu seiner Zeit bereits außer Gebrauch gewesen wäre [7]).

Was hiernächst die eigentlich juristischen Quellen anbetrifft, so wird in der aus der Zeit des Cicero stammenden Lex Rubria die Vocatio als die regelmäßige Form der Klagerhebung vorausgesetzt:

Cap. 20: — tum is, quo de ea re in ius aditum erit, eum, qui in ius eductus erit, de ea re etc. (vgl. oben Seite 104 und 105).

Gajus, welcher doch sonst wohl anzugeben weiß, was gel-

Piso dieselbe gegen die Urgulania, obgleich sie die Vertraute der Augusta ist, und sich überdies in das Haus des Tiberius geflüchtet hat, schonungslos durchführt.

7) Irrthümlich findet übrigens Zimmern a. a. O. §. 111. Note 12 bei Gell. Noct. Att. XIII, 13. eine Privatvocation aus der Zeit der Antonine; eine Privatvocation kommt hier nur insofern vor, als nach Varro der Aedil M. Lävinius von einem Privatmanne in Jus vocirt wurde; dagegen sollte diejenige Vocation, um welche es sich zunächst handelte, vom Prätor vorgenommen werden.

tendes Recht, und was antiquirt ist, erwähnt die in Jus Vocatio ebenfalls als die erste Handlung des Klägers, und obgleich die betreffende Stelle mangelhaft ist, so kann doch nach dem ganzen Zusammenhange in der Lücke unmöglich eine Bemerkung darüber gestanden haben, daß man den Proceß nicht mehr auf diese Weise zu eröffnen pflege.

In den Pandekten finden wir nun zwar nichts von dem alten Begriffe des **iumentum**, von der **arcera** oder dem **antestari**, wohl aber in dem Titel **de in ius vocando 2, 4.** und namentlich in dem Titel **ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat 2, 7.** [8]) eine Reihe von Stellen, welche ihrem natürlichen Wortverstande zufolge von nichts Anderem handeln, als von einer nöthigenfalls gewaltsam durchzusetzenden Privatvocation. Nach dem zuvor Bemerkten würde es als eine Willkür erscheinen, wenn man ihnen eine andere Bedeutung aufzwingen wollte; und manche von jenen Stellen läßt überhaupt keine andere Deutung zu.

Hiermit dürfte aber bewiesen sein, daß das Verhältniß, welches begriffsmäßig zwischen der Vocatio und dem Vadimonium obwaltet, sich auch im täglichen Leben bewahrheitete.

Man begann den Proceß durch eine Vocatio. Freilich wurde die Durchsetzung derselben häufig durch Leistung des Vadimonium abgewandt; aber es läßt sich durchaus nicht sagen, daß hierdurch die Vocatio selbst verdrängt, und gleichsam eine neue Art der Klageinleitung geschaffen sei. Vielmehr geschah es ebensowohl gar nicht selten, daß keine

---

8) Vgl. außerdem etwa noch L. 2. §. 1 in f. D. si quis in ius vocatus 2, 5. (oben Seite 167. Note 19). — L. 13. §. 3. vgl. mit §. 2; und L. 23. D. de iniuriis 47, 10. — L. 3. C. de in ius vocando 2, 2.

gütliche Einigung stattfand und beide Theile vor den Prätor gingen, um hier das Vadimonium zu Stande zu bringen. Ferner konnte es geschehen, daß der Beklagte sich der Vocation offen widersetzte; oder daß er sich betrüglicher Weise verborgen hielt, um ihr zu entgehen. Den letzteren Fall hat Ulpian in der Stelle vor Augen, welche diesen Anhang veranlaßte; und wenn derselbe bezeugt, daß die Latitatio der häufigste Grund für die Bonorum Venditio sei, so bildet die Häufigkeit der Latitatio einen neuen Beweis dafür, daß die Vocatio ebenfalls in täglicher Uebung sein mußte. Denn ohne die gerechte Besorgniß einer Vocatio kann es keine Latitatio geben.

II.

Zur Lehre vom Vadimonium.

Es ist zwar mitunter behauptet worden, das Vadimonium habe den Beklagten zum Erscheinen vor dem Judex datus verpflichtet [1]; indessen hat die herrschende Meinung seit langer Zeit den Zweck des Vadimonium ausschließlich darin gesetzt, die Stellung des Beklagten vor dem Prätor sicher zu stellen.

Diese Meinung scheint mir nun auch insofern keinem gegründeten Zweifel zu unterliegen, als wenigstens die gewöhnliche und hauptsächliche Anwendung des Vadimonium auf das Jus bezogen werden muß.

Cicero weiß in der Rede pro Quinctio nichts davon, daß den Vadimonien, welche Quinctius und Nävius mit einander abschlossen, eine Verhandlung vor dem Prätor, die Abgabe einer Formel und die Litiscontestation der Parteien vorhergegangen sei; vielmehr wird in der Geschichtserzählung unmittelbar nach der Erwähnung der fruchtlos ge=

---

[1]) Tigerström de iudicibus apud Romanos §. 5; und Innere Geschichte des Röm. Rechts §. 54.

bliebenen privaten Güteversuche damit fortgefahren, daß die Parteien nunmehr Vadimonium hätten eingehen müssen [2]; diese Vadimonien werden sich daher auf die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens bezogen haben. In verschiedenen anderen Nachrichten der Classiker wird des Vadimonium ebenfalls in der Weise gedacht, daß der Inhalt desselben nur darin bestanden haben kann, das Erscheinen der Parteien vor dem Prätor sicher zu stellen [3]; und die juristischen Schriftsteller stimmen hiermit völlig überein. Denn es heißt bei Gajus

Comm. IV. §. 184: Qui autem in ius vocatus fuerit adversarius, ni eo die finis venerit negotio, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat, se certo die sisti [4].

---

2) Cic. pro Quinctio Cap. V. §. 21: Res convenire nullo modo poterat, propterea quod hic mediocrem iacturam facere cupiebat, iste mediocri praeda contentus non erat. Itaque ex eo tempore res esse in vadimonium coepit etc.

3) z. B. Livius XXIII. c. 32: — Praetores, quorum iurisdictio erat, tribunalia ad Piscinam publicam posuerunt; eo vadimonia fieri iusserunt, ibique eo anno ius dictum est. — Valerius Maximus III, 7, 1: — Nam cum oppidum Badiam circumsederet, tribunal suum adeuntes in aedem, quae intra moenia hostium erat, vadimonia in posterum diem facere iussit; continuoque urbe potitus, et tempore, et loco, quo praedixerat, sella posita ius eis dixit. — Dieselbe Erzählung über den Scipio findet sich bei Gellius Noct. Att. VII, 1 in f.; und eine ganz ähnliche von Sulla bei Livius Epit. LXXXVI.

4) Der Text der Stelle ist freilich manchen Zweifeln ausgesetzt. Nach einer Conjectur v. Savigny's liest man jetzt statt finis venerit negotio „finiverit negotium" und statt adversarius „ab adversario"' dagegen hat eines Theils Zenger a. a. O. S. 26 das finis venerit

Falls keine gütliche Einigung zu Stande kam, und also die Anordnung eines Judicium erforderlich wurde, so fand dieselbe nicht sogleich statt, wenn die Parteien den Prätor angingen, sondern in einem folgenden Termin, und da inzwischen das Negotium noch nicht beendigt war, so wird das Vadimonium dazu gedient haben, den in Jus Vocirten zum Erscheinen in diesem zweiten Termine, also in Jure, zu verpflichten. Insofern aber das erste Angehen des Prätors völlig erspart werden konnte, stellt Gajus kurz darauf das vadimonio obligare mit dem in ius vocare auf gleiche Linie.

Comm. IV. §. 187. (oben Seite 227).

Und bei Paulus geht das Vadimonium der Edition der Formel vorher, während die letztere Handlung ebenfalls noch in Jure vorgenommen wird.

Coll. Legg. Moss. et Romm. Tit. II. cap. 6. [Idem Paulus eodem libro singulari sub titulo quemadmodum injuriarum agatur.] — „Qui autem injuriarum", inquit, „agit, certum dicat, quid injuriae factum sit, et taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit." — §. 3. Certum autem an incertum dicat, cognitio ipsius Praetoris est. Demonstrat autem hoc loco Praetor non vocem agentis, sed qualem formulam edat [5]).

Eine hiervon verschiedene Frage ist es jedoch, ob das

---

negotio vertheidigt, andern Theils Huschke (Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. Bd XIII. S. 336) den adversarius retten, statt finiverit „finitum fuerit" lesen, und im Eingange das handschriftliche q (qui) in c' (cum) verwandeln wollen. Diese verschiedenen Lesarten sind jedoch für unsern Zweck ohne Bedeutung.

5) Vgl. auch Gai. Comm. III. §. 224.

Vadimonium nicht wenigstens neben dieser Beziehung auf das Jus auch zu dem Behufe angewandt sei, um den Beklagten zur Stellung im Judicium zu nöthigen?

Für die Verneinung derselben berufen sich nun verschiedene neuere Schriftsteller auf folgende Stelle:

> **Pseudo Asconius ad Cic. in Verr. Act. II. Lib. I. cap. 9: Litigantes accepto iudicio non stipulationibus mutuis promisisse, sed denuntiatione tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud iudicem.**

Hier wird allerdings sehr klar gesagt, daß nach der Litiscontestation keine Stipulation, und folglich auch kein Vadimonium abgeschlossen sei, durch welches man versprochen hätte, vor dem Judex zu erscheinen; indessen verdankt die Stelle lediglich einem Mißverständnisse ihren Ursprung.

Das einzige Aehnliche, was sich an dem allegirten Orte des Pseudo-Asconius findet, besteht nämlich in folgenden Worten:

> **Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Namque quum in rem aliquam agerent litigatores, et poena se sacramenti peterent, poscebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem, quo dato deinde inter se comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant.**

Dieselben sind der Beschreibung entnommen, welche Gajus über die Legis Actio per Sacramentum giebt:

> **Gai. Comm. IV. §. 15: — postea tamen, quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, invicem sibi denuntiabant.**

Vavius Voorda legte nun die Nachricht des Pseudo-Asco-

nius so aus, daß zwar eine Denunciation, aber auch nur eine solche, mithin kein Vadimonium und keine Stipulation vorgekommen sei; und bei der Aufzählung der verschiedenen Meinungen, welche sich über den Zweck des Vadimonium fänden, schrieb er in seiner **Dissertatio de Vadimonio. Lugd. Bat. 1751. Cap. II. §. 1:**

> „**Prima est sententia Iacobi Gothofredi, qui in collectione legum XII tabb. tab. II. et praecipue in not. ad h. tab. palam fecit, existimare se, vadimonium interpositum fuisse post litem contestatam et constitisse cautione mutua, qua sibi invicem promittebant litigantes, stituros se apud iudicem pedaneum. Verum huic sententiae quominus subscribam, facit primo Asconius Pedianus ad Ciceronis libr. I. in Verr. 9. diserte testatus, litigantes accepto iudicio non stipulationibus mutuis promisisse, sed denunciatione tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud iudicem pedaneum: ex qua denunciatione etc. etc.**

Glück, welcher die von ihm sehr elegant gefundene Dissertation des Voorda überhaupt stark benutzte, wiederholte das Vorstehende in seinen **Opuscula iuridica Fasc. II. Diss. De via petendae restitutionis in integrum Cap. II. §. 13. pag. 337** wörtlich. Indessen heißt es im Eingange des zweiten Satzes mit etwas kräftigerer Betonung: **Verum huius opinionis falsitas statim patescit ex loco Asconii Pediani diserte testantis etc.**, und nun werden die folgenden Worte gesperrt gedruckt. Dasselbe ist übrigens auch im ersten Satze mit den Worten „**cautione mutua — pedaneum**“ geschehen, obwohl sie bei Gothofredus, welcher überhaupt nur von den **Vades** und **Subvades** der zwölf

Tafeln spricht, ebenfalls nicht vorkommen. Durch diese Druckweise wurde Zimmern verleitet, die Stelle für die eigenen Worte des Pseudo-Asconius zu halten; denn nachdem er zuvörderst das Schlußwort „pedaneum“ für einen unächten Zusatz erklärt hat [6]), so beruft er sich unter Hinweglassung desselben mit vielem Nachdrucke darauf [7]); und von hieraus theilte sich der Irrthum dann wieder Anderen mit.

Indessen ist schon von Sell [8]), freilich bei Gelegenheit einer verschiedenen Frage, bemerkt worden, daß er die Stelle nicht auffinden könne; worauf Rudorff die Existenz derselben entschieden in Abrede stellte [9]).

Hiermit wäre nun freilich ein Hinderniß aus dem Wege geräumt, welches den Gedanken an ein Vadimonium nach der Litiscontestation von vorn herein beseitigen mußte. Allein es versteht sich von selbst, daß wir die wirkliche Anwendung des Vadimonium in jenem Proceßabschnitte erst dann annehmen dürfen, wenn dieselbe durch hinlängliche positive Zeugnisse der Quellen erwiesen werden kann. Wir werden daher im Einzelnen zu untersuchen haben, was sich zu diesem Behufe etwa geltend machen läßt.

1. Rudorff beruft sich a. a. O. auf

> **Macrobius, Saturnal. I, 16: Comperendini (scil. dies) quibus vadimonium licet dicere.**

---

6) a. a. O. §. 18 Note 7.

7) a. a. O. §. 112 Note 1. Vrgl. auch §. 110 Note 4.

8) Die Recuperatio der Römer S. 241 Note 1. — Auch Rein a. a. O. S. 446 Note * versieht das ungenaue Citat Asc. in Verr. I, 9. mit einem Fragezeichen, behandelt aber demungeachtet die Stelle als ächt.

9) Puchta's Instit. Bd. II. §. 160 Note 1; vrgl. §. 154 Note a.

Er bringt diese Stelle in Verbindung mit den S. 235 abgedruckten Nachrichten des Gajus und Pseudo-Asconius, sowie mit

Paulus ex Festo: Res comperendinata significat iudicium in diem tertium constitutum.

Da sich nämlich das Vadimonium nach Macrobius auf die **comperendini dies** bezog, nach Gajus und Festus aber am **comperendinus dies** das Judicium eröffnet wurde, so folgert Rudorff, daß eine Hauptanwendung des Vadimonium darin bestanden habe, den Beklagten im Falle der Comperendinatio zum Erscheinen im Judicium zu verpflichten.

Nun soll nicht geläugnet werden, daß diese Combination auf den ersten Blick viel Anziehendes haben mag. Allein es wäre nichtsdestoweniger sehr möglich, daß die paar abgerissenen Worte des Macrobius bei den **comperendini dies** irgend eine andere Einrichtung im Sinne haben, als gerade die Comperendinatio des Judicium bei der Legis Actio per Sacramentum. Eines Theils scheint es üblich gewesen zu sein, daß auch der Prätor die Parteien auf den **dies perendinus** bestellte [10]; und da die Angabe des Macrobius offenbar alt ist [11], so könnte man z. B. vermuthen, daß die Parteien vor der Lex Pinaria, welche einen dreißigtägigen Zwischenraum anordnete, allemal am dritten Tage abermals vor dem Prätor erschienen seien, damit das Judicium ordinirt werde, und daß Macrobius diesen zweiten Termin vor dem Prätor im Sinne habe [12]. Andern Theils sieht

---

10) Gellius Noct. Att. VII, 1. in f.

11) Darauf weist der ganze Zusammenhang hin; vorher ist von den dies comitiales, nachher von dem status dies cum hoste die Rede.

12) Die Lücke bei Gaius Comm. IV. §. 15: — postea vero reversis dabatur (post diem) XXX. iudex: idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem — — dabatur iudex etc.

man nicht einmal, ob bei Macrobius nur überhaupt das Vadimonium der spätern Zeit, oder dasjenige der zwölf Tafeln gemeint ist; manche Schriftsteller haben seine Nachricht auf dieses letztere Vadimonium bezogen [13]), und wenn dies richtig wäre, so würde die Verbindung derselben mit den Angaben des Gajus und Festus wiederum unstatthaft sein. (Vrgl. № 2).

Die Combination Rudorffs kann also zunächst nicht als Beweis, sondern nur als Hypothese betrachtet werden. Dazu kommt aber noch, daß gerade diese Hypothese durch dieselbe Stelle des Gajus widerlegt wird, welche Rudorff zu ihrer Begründung allegirt.

Das Vadimonium erstreckt sich nämlich nicht etwa auf die ganze Dauer des Processes, sondern es verpflichtet die Parteien nur dazu, an einem bestimmten Tage zu erscheinen [14]). Haben sie sich also vor dem Prätor gestellt, damit das Judicium ordinirt werde, so ist dasjenige Vadimonium, welches bei der ersten Einleitung des Processes abgeschlossen wurde, hiermit erfüllt und aufgehoben. Soll es nun ein Vadimonium gegeben haben, welches die Parteien verpflichtete, am dritten Tage nach der Ordinatio Judicii vor dem Judex datus zu erscheinen, so müßte dieses neue Vadimoni-

würde hiernach durch perendie zu ergänzen sein; was mir mindestens ebenso wahrscheinlich vorkommt, als das confestim oder nondum, welches Andere vorgeschlagen haben.

13) Vrgl. Zimmern a. a. O. §. 110 Note 4 und die Citt. das.

14) Vgl. außer der angeführten Stelle des Macrobius z. B. Gai. IV. §. 184: — vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti. — Gellius Noct. Att. VII, 1. in f: — interrogavit quispiam ex more, in quem diem locumque vadimonium promitti iuberet etc.

um abgeschlossen sein, wenn die Parteien den Termin verließen, in welchem die Ordinatio Judicii vor sich gegangen war. Statt dessen erzählt uns Gajus, beide Theile hätten, nachdem der Richter gegeben worden, einander denunciirt, am **comperendinus dies** vor dem Richter zu erscheinen. Diese Denunciation wäre aber gewiß sehr überflüssig gewesen, wenn man zu derselben Zeit und zu demselben Zwecke auch ein Vadimonium abgeschlossen hätte. Voorda befindet sich daher rücksichtlich der Legis Actio per Sacramentum völlig im Rechte, wenn er aus der Erwähnung der Denunciatio und dem Schweigen über das Vadimonium schließt, daß eben nur eine Denunciatio, nicht aber ein Vadimonium stattgefunden habe.

2. Bei Gellius [15]) wird bemerkt, daß in den zwölf Tafeln Vades und Subvades vorkämen, welche jedoch längst veraltet seien; und dieselbe Einrichtung scheint Varro im Sinne zu haben, indem er die Vades ebenfalls als eine Antiquität ansieht:

> **Varro de Ling. Lat. VI, 71. (ed. Müller): Vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat. Consuetudo erat, quom reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret etc.**

Diese Vades und Subvades der zwölf Tafeln sind es, welche von Gothofredus in das Judicium versetzt werden. Indessen steht durchaus nichts entgegen, sie mit Dirksen [16]) gleich dem späteren Vadimonium auf das Jus zu beziehen; denn obgleich es bei Varro heißt, die Vades seien „**inceptis**

---

15) Noct. Att. XVI, 10.

16) Uebers. der bisher. Vers. zur Krit. und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. S. 123 ff.

rebus" gegeben worden, so kann aus diesem völlig vagen Ausdrucke noch keineswegs gefolgert werden, daß sie gerade **post litem contestatam** gegeben wurden.

Uebrigens scheint es mir unrichtig zu sein, wenn Zenger 17) mit den Vades der zwölf Tafeln, außer der Nachricht des Macrobius, auch noch die unter № 1 besprochenen Stellen des Festus, Gajus und Pseudo-Asconius verbindet, und aus diesen sämmtlichen Nachrichten ein Vadimonium legitimum entwickelt, welches sich, im Gegensatze zu dem späteren Vadimonium prätorium, auf die Stellung der Parteien vor dem Judex datus bei der Comperendinatio Judicii bezogen haben soll. Denn die Vades der zwölf Tafeln werden bereits von Gellius und von Varro als völlig veraltet angesehen, die Legis Actio per Sacramentum, bei welcher sie nach dieser Hypothese vorgekommen sein sollen, war aber noch zur Zeit des Cicero 18), ja des Gajus 19) in practischer Uebung.

3. Tigerström hat sich für die Behauptung, daß das Vadimonium sogar ausschließlich auf das Judicium zu beziehen sei, außer der so eben besprochenen Nachricht des Varro, welche nichts dafür beweist, auch noch auf die Seite 83 Note 22 abgedruckte Stelle aus Acron berufen.

In dieser Stelle wird zwar gesagt, der Vadirte sei **ad iudicium vocatus** und müsse dem Gegner **in iudicio** antworten; allein aus dem Worte **iudicium** darf noch nicht gefolgert werden, daß Acron die Verhandlung vor dem Judex datus im Sinne habe.

---

17) a. a. O. S. 11 ff.

18) pro Murena c. 12.

19) Comm. IV. §. 31.

So wichtig nämlich der Gegensatz zwischen Jus und Judicium ist, so verkehrt würde es sein, ihn auch dann zur Anwendung bringen zu wollen, wenn es überhaupt nicht auf diesen Gegensatz ankommt. Denn der Ausdruck **iudicium** ist seiner Natur nach keineswegs auf den Judex datus beschränkt, sondern er wird ebensowohl in einem weitern Sinne für die ganze gerichtliche Verhandlung gebraucht. Wenn wir z. B. sehr häufig von einem **ad iudicium provocare** [20]) lesen, so würde es wohl jeder lächerlich finden, wollte man aus dem Worte **iudicium** die Folgerung herleiten, der Provocant wolle eben nur das Judicium vor dem Judex datus, nicht aber die etwa nöthige Vorverhandlung in Jure über sich ergehen lassen! Dieselbe weitere Bedeutung wurde oben rücksichtlich der Verbindung **ad iudicium venire** nachgewiesen [21]); und ebenso werden in den Pandekten die Ausdrücke **ad iudicium occurrere** [22]), **in iudicium vocare** [23]), **in iudicium venire** [24]), **in iudicio sisti** [25]), **in iudicium si-**

---

20) z. B. L. 13 u. 14. D. de iudiciis 5, 1. — L. 2. §. 1. D. comm. divid. 10, 3. — L. 24. §. 1. D. de usuris 22, 1. u. s. w.

21) Siehe Seite 152. — Vgl. auch L. 1. §§. 2 u. 3; L. 2. §. 3. D. de eo per quem etc. 2, 10. — L. 2. §. 9; L. 5. §. 1; L. 10. §. 2. D. si quis caut. 2, 11.

22) L. 2. §. 2. D. si quis caut. 2, 11.

23) L. 2. §. 2. D. qui satisdare cog. 2, 8. — L. 3. pr. D. de eo per quem etc. 2, 10. — L. 79. D. de iudiciis 5, 1. — L. 1. §§. 3 u. 4. D. de admin. et peric. tut. 26, 7. — Vgl. auch L. 2. C. de dilat. 3, 11. — L. 12. C. de test. 4, 20. — L. 9. C. de praescr. XXX vel XL. ann. 7, 39. — L. 3. C. de annali exc. 7, 40.

24) L. 3. §. 4. D. de eo per quem etc. 2, 10.

25) L. 1; L. 3. D. si quis in ius 2, 5. — L. 4. D. in ius vocati etc. 2, 6. — L. 2. pr. D. qui satisd. cog. 2, 8. — Tit; L. 2. u. L.

stere [26]), in iudicio stare oder non stare [27]) gebraucht, während nach dem ganzen Zusammenhange die Klage erst noch erhoben werden soll, und die Parteien zunächst vor dem Magistratus erscheinen müssen. An durchgängige Justinianeische Interpolationen ist hierbei durchaus nicht zu denken; man lese nur die allegirten Stellen ein einziges Mal durch, und frage sich alsdann nach den Gründen, welche die Compilatoren hätten bewegen sollen, das ius, welches sie in unzähligen anderen Stellen ruhig stehen ließen, gerade in diesen Stellen in ein iudicium zu verwandeln? Vielmehr wird bei jenen Verbindungen vorzugsweise daran gedacht, daß der Beklagte sich zu der Zeit und an dem Orte stellen muß, wo Magistrat und Richter bei einander sind, um Gericht zu halten. Nach ihrem wesentlichen Zwecke wird diese Versammlung das Judicium genannt, und es ist natürlicher Weise von einem ad iudicium venire, occurrere u. s. w. die Rede, obwohl die Parteien, nachdem sie erschienen sind, zunächst vor dem Magistratus, und erst späterhin vor dem Judex datus verhandeln werden [28]).

---

3. §. 2. D. de eo per quem 2, 10. — Tit; L. 7. u. L. 11. D. si quis caut. 2, 11.

26) L. 1. D. si quis. caut. 2, 11.

27) L. 2. §§. 1 u. 4; L. 4. §§. 1 u. 3. D. si quis caut. 2, 11.

28) Wenn von Puchta a. a. O. Bd. II. § 174. Note aa (nach der dritten Auflage ff.) bemerkt wird, die cautio iudicio sisti seine eine cautio iudicio ordinando, nicht ordinato sisti, so darf dies nur als eine sachliche, nicht aber als eine sprachliche Erklärung aufgefaßt werden. Denn mit der Wendung iudicio sisti wechseln die Wendungen in iudicio sisti, in iudicium sistere, in iudicio stare oder non stare in bunter Reihenfolge, und offenbar für eine und dieselbe Sache; in ein erst noch anzuordnendes Judicium kann sich aber Niemand hineinstellen, oder gar schon darin stehen.

Ebensowohl, wie die Pandekten von einem in iudicio stare reden, wird aber auch Acron von einem in iudicio respondere sprechen dürfen, ohne daß wir befugt sind, hieraus auf die Verhandlung nach der Litiscontestation zu schließen.

4. Ein scheinbareres Argument für die Beziehung des Vadimonium auf den Zeitpunkt nach der Litiscontestation könnte vielleicht gefunden werden in

Gai. Comm. IV. §. 184. (siehe Seite 233).

Hiernach soll Vadimonium abgeschlossen werden, wenn die Parteien vor beendigtem Negotium das Jus verlassen. Versteht man nun unter Negotium den ganzen Rechtshandel, so würde das Vadimonium offenbar auch dann geleistet werden müssen, wenn die Parteien nach der Litiscontestation vom Prätor fortgehen, um sich demnächst vor dem Judex datus zu stellen, denn der Rechtshandel ist ja noch nicht beendigt. Auch läßt sich zur Unterstützung dieser Auslegung anführen, daß Gajus nicht lange vorher den Ausdruck Negotium in der That auf den gesammten Proceß bezieht.

> Gai. Comm. IV. §. 141: Nec tamen cum quid iusserit fieri, aut fieri prohibuerit (scil. Praetor), statim peractum est n e g o t i u m, sed ad iudicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur etc.

Indessen wird es sprachlich gestattet sein, mit der gewöhnlichen Auslegung in der ersten Stelle unter Negotium nur dasjenige Geschäft zu verstehen, welches die Parteien vor dem Prätor abzumachen haben. Sollte man aber einwenden wollen, daß Gajus, falls dies seine Meinung war, sich einer nicht zu vermuthenden Zweideutigkeit des Ausdrucks schuldig gemacht hätte; so scheint mir gegen dieses allerdings anzuerkennende Bedenken der Umstand zu entscheiden, daß

Gajus an einer andern Stelle von einem Vadimonium nach der Litiscontestation nichts erwähnt, während er desselben fast nothwendig hätte gedenken müssen.

Es sollen nämlich

> Comm. IV. §. 88: Videamus nunc, quibus ex causis is, cum quo agitur, vel hic, qui agit, cogatur satisdare etc.

die Satisdationen angegeben werden, welche die Parteien einander zu leisten haben; und in der nach diesem Eingange folgenden Aufzählung derselben heißt es

> Comm. IV. §. 102: Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisdari solet, quas ipse Praetor significat. quarum satisdationum duplex causa est: nam aut propter genus actionis satisdatur, aut propter personam, quia suspecta sit. propter genus actionis: velut iudicati depensive, aut cum de moribus mulieris agetur. propter personam: velut si cum eo agitur, qui decoxerit etc.

Das Vadimonium wurde aber häufig durch Satisdatio geleistet [29]); und hätte bei der Litiscontestation ein neues Vadimonium abgeschlossen werden müssen, so würde Gajus nicht wohl umhin gekonnt haben, an diesen Umstand, als an eine dritte causa satisdationis, zu erinnern.

5. Man ist seit lange der Meinung gewesen, daß die Cautio Judicio sisti der Pandekten in den wesentlichsten Punkten mit dem Vadimonium übereinstimme; auch läßt sich schon aus der Fassung mehrerer Stellen, welche gegenwärtig von der Cautio Judicio sisti handeln, fast mit Sicherheit er=

---

29) Gai Comm. IV. §. 185. — Vgl. Zenger a. a. O. S. 31 ff.

kennen, daß in ihnen ursprünglich vom Vadimonium die Rede war [30]. Es wird daher von Nutzen sein, schließlich noch die Cautio Judicio sisti der Pandekten zu vergleichen.

Die Stellen, welche von derselben handeln, können nun entweder durchaus nicht anders verstanden werden, als von dem Zeitpunkte vor der Litiscontestation [31], oder wo dies aus der Stelle selbst nicht mit Bestimmtheit hervorgeht, da steht einer solchen Auslegung wenigstens nichts entgegen.

Zweifel könnten wohl nur die folgenden Fragmente erregen:

L. 2. §. 3. D. si quis cautionibus 2, 11. Ulpianus [libro LXXIV. ad Edictum.] — Si quis iudicio se sisti promiserit, et valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adiuvatur, nec immerito: quum enim in tali promissione praesentia opus sit, quemadmodum potuit se sistere, qui adversa valetudine impeditus est? Et ideo etiam lex duodecim tabularum, si iudex vel alteruter ex

30) Voorda l. c. Cap. II. §. 3. zählt folgende auf: L. 16. D. qui satisdare cog. 2, 8. („hoc" deseruerit für vadimonium deseruerit). — L. 4. §. 4. D. si quis caut 2, 11. (ne ulla exceptio „in promissione deserta iudicio sistendi causa facta" objiciatur für ne ulla exceptio in vadimonio deserto objiciatur). — L. 5. §. 1. D. ibid 2, 11. („contemta sua promissione iudicio sistendi causa facta" für contemto oder deserto vadimonio). — L. 5. §. 2. D. ibid. 2, 11. (si a patre „facta fuerit promissio iudicio sistendi gratia" für si a patre factum (oder promissum) fuerit vadimonium). — Vgl. auch S. 249.

31) z. B. Tit. D. in ius vocati etc. 2, 6. vgl. mit L. 1. D. eod. — L. 1. D. si ex noxali 2, 9. — L. 3. D. de eo per quem 2, 10. — L. 10. §. 2. D. si quis caut. 2, 11. — L. 1. D. de feriis et dilat. 2, 12.

litigatoribus morbo sontico impediatur, iubet diem iudicii esse diffisum.

Da nämlich die im Nachsatze allegirte Vorschrift der zwölf Tafeln wahrscheinlich nur von dem Verfahren nach der Litiscontestation redet [32]), so hat man hieraus schließen wollen, daß Ulpian auch im Vorhergehenden von diesem Stadium des Processes handle. Indessen deutet der Uebergang mit Et ideo etiam sehr bestimmt darauf hin, daß die Vorschrift der zwölf Tafeln nicht die unmittelbar entscheidende war, sondern nur als eine passende Analogie angeführt werden sollte; und der Unterschied zwischen dem Falle Ulpians und demjenigen der zwölf Tafeln kann also sehr wohl darin bestanden haben, daß es in jenem auf das Erscheinen in Jure, und in diesem auf das Erscheinen im Judicium ankam [33]).

Ferner

L. 8. pr. D. qui satisdare cog. 2, 8. Paulus [libro XIV. ad Edictum.] — De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire; et si non conveniat, Pedius putat in potestate stipulatoris esse, moderato spatio de hoc a iudice statuendo.

Der Judex wird hier als diejenige Person genannt, welche bei der Uneinigkeit der Parteien die Länge des Termines bestimmen soll. Da nun der Judex datus vor der Litiscontestation nichts zu verfügen, folglich auch keine Termine anzusetzen hat, so könnte man folgern, daß die Stipulation, von welcher die Rede ist, erst nach der Litiscontestation

32) Vgl. indessen auch Puchta a. a. O. §. 168 Note ee.

33) Vgl. Voorda l. c. cap. II. §. 1. — Wetzell a. a. O. S. 55 und 56.

abgeschlossen werde. Seit Cujacius [34]) hilft man sich jedoch gegen diese Argumentation damit, die Worte moderato spatio de hoc a iudice statuendo für interpolirt zu erklären. Diese Annahme scheint mir nun zwar nicht ohne Bedenken zu sein. Denn Paulus geht offenbar von der Voraussetzung aus, daß die Stipulation zu Stande kommt; bei vorhandener Meinungsverschiedenheit der Parteien kann dies aber nicht anders geschehen, als wenn einem Dritten das Entscheidungsrecht zusteht; und jener Zusatz paßt daher in den ganzen Zusammenhang vollkommen. Indessen steht meines Erachtens nichts entgegen, ebenso, wie dies bei

Paul. Rec. Sent. Lib V. Tit. 5a §. 7.

geschehen muß [35]), unter dem Judex den Magistratus zu verstehen.

Endlich noch die folgende Stelle:

L. 10. §. 2. D. si quis cautionibus 2, 11. Paulus [libro I. ad Plautinum.] Qui iniuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam, ut adversarius suus iudicio sistat, commissa stipulatione mortuus est; non competere heredi eius ex stipulatu actionem placuit, quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur. Iniuriarum autem actio heredi non competit; quamvis enim haec stipulatio iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est; nam et defunctus si vellet omissa injuriarum actione ex stipulatu agere, non permitteretur ei. — — Et

34) Observ. Lib. XXII c. 26.

35) Vgl. oben S. 128 und 141.

hoc Julianus scribit; secundum quod etsi fideiussores dati erant, minime dabitur in eos actio mortuo reo. Idem Pomponius, si non post longum tempus decesserit, quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari actor potuisset. Die Wendung „haec stipulatio iudicio sistendi causa facta" hat schon an sich etwas Schwerfälliges; namentlich aber ist bei dem folgenden „tamen in hac causa danda non est" die Ergänzung des Wortes actio, nachdem unmittelbar vorher von einer stipulatio die Rede war, nicht ohne Härte. Dazu kommt, daß Paulus an einem andern Orte, gerade bei der Injurienklage, ebenfalls vom Vadimonium redet [36]. Man wird daher annehmen dürfen, daß dies auch in unserer Stelle der Fall war, und dieselbe ursprünglich etwa lautete: Iniuriarum autem actio heredi non competit; quamvis enim vadimonium ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est etc.

Dagegen kann ich mich nicht entschließen, die Worte ante litem contestatam im Eingange der Stelle für interpolirt zu halten [37]. Dieselben passen vollkommen in den Zusammenhang; auch hatten die Compilatoren durchaus keine Veranlassung, sie nachträglich hinzuzufügen. Denn im Justinianeischen Rechte wird die Cautio Judicio sisti allemal vor der Litiscontestation geleistet, und es verstand sich also ganz von selbst, daß dies auch in unserer Stelle geschehen sein werde. Rührt jenes ante litem contestatam aber wirklich von Paulus her, so läßt sich wieder schließen, daß Paulus gar nicht auf den Einfall habe kommen können, jenen Umstand besonders hervorzuheben, wenn es nur ein Vadimoni-

---

36) Coll. Legg. Moss. etc. Rom. Tit. II. cap. 6. (siehe Seite 234).

37) z. B. Zenger a. a. O. S. 71. Note z.

um ante litem contestatam gegeben hätte, und daß folglich auch ein Vadimonium post litem contestatam vorgekommen sein müsse.

Indessen ist hiergegen zunächst zu erinnern, daß das Vadimonium in dem, bei der Auslegung unserer Stelle benutzten, anderen Fragmente des Paulus [38]) entschieden auf den Zeitpunkt vor der Litiscontestation beschränkt ist; hauptsächlich aber, daß man ein sehr nachdrückliches Gewicht auf die Worte ante litem contestatam legen muß, um das Argumentum a contrario zu Stande zu bringen, während Paulus jenen Zusatz füglich gemacht haben kann, obgleich er sich streng genommen von selbst verstanden hätte. Denn es kommt ihm nicht sowohl auf die Eigenschaften des Vadimonium an, als auf die Wirkungen der Litiscontestation; und der Zusatz ante litem contestatam ist in diesem Zusammenhange sehr erklärlich, ohne daß jenes Argumentum a contrario in der Wahrheit begründet zu sein braucht [39]).

Dies wären die Gründe, welche sich meines Wissens für die Ansicht geltend machen lassen, daß das Vadimonium auch nach der Litiscontestation zur Anwendung gekommen sei [40]). Dieselben sind schon an sich nicht genügend, um

---

38) Vgl. Note 36.

39) Mitunter hat man sich auch dadurch helfen wollen, daß man die Worte ante litem contestatam versetzt, und liest: Qui iniuriarum acturus erat, ut adversarius suus iudicio sistat, commissa stipulatione mortuus est ante litem contestatam etc. (vgl. Schulting in Not. ad Pand. ad h. l.; Voorda l. c. Cap. IV. §. 5.); indessen scheint mir dieser Ausweg sehr willkürlich zu sein.

40) Aus L. 5. pr. D. de hered. pet 5, 3. ist kein Argument zu entnehmen, selbst wenn man die Ansicht Rudorffs (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. Bd. IX. S. 22 ff.) für richtig hält, wonach unter der solita

eine solche Behauptung zu rechtfertigen. Dazu kommt aber noch ein positiver Gegenbeweis, welcher der entgegengesetzten Meinung von jeher zur Hauptstütze gedient hat [41]).

Das Vadimonium und die Cautio Judicio sisti bezwecken offenbar, den Kläger gegen die Nachtheile zu schützen, welche das Ausbleiben des Beklagten für ihn herbeiführen könnte. Nach der Litiscontestation wird aber der abwesende Beklagte, falls nur der Kläger seinen Anspruch beweist, ohne Weiteres verurtheilt, und es ist nicht abzusehen, welches besondere Interesse des Klägers denselben berechtigt haben soll, vom Beklagten auch in diesem Stadium des Processes noch ein Vadimonium zu verlangen.

Unter diesen Umständen habe ich geglaubt, trotz der Unächtheit der von einigen Neueren allegirten Beweisstelle bei der hergebrachten Meinung verbleiben zu dürfen, nach welcher das Vadimonium nur abgeschlossen wurde, um den Beklagten zum Erscheinen in Jure zu nöthigen.

---

cautio, statt der cautio iudicatum solvi, die cautio iudicio sisti verstanden sein soll (vgl. dagegen z. B. Wetzell a. a. O. S. 28 Note 5). Denn es wäre dies nach Rudorffs eigner Meinung die Justinianeische Cautio Judicio sisti (§. 2. I. de satisdat. 4, 11); diese bezieht sich aber nicht, wie das Vadimonium, auf die Stellung an einem bestimmten Tage, sondern sie umfaßt von vornherein die ganze Zeit des Processes. — Die Berufung auf die Analogie der Cautio Judicatum solvi in der Clausula de re defendenda wäre ebenfalls unzulässig, da diese Caution auf ganz andern Gründen beruht, als das Vadimonium.

41) Cuiacius, Observ. X, 10; XXII, 26. — Donellus Comm. de iure civ. XXIII. c. 9. — Voorda l. c. Cap. II. §. 1. — Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 26. Note 28. — Puchta a. a. O. §. 174. a. E.

Berichtigungen.

S. 17. Z. 9. von oben statt gwaltsam lies gewaltsam.

S. 29. Z. 5. von unten statt anfängliche lies einfache.

S. 45. Z. 1. von unten ist hinzuzufügen: v. Bayer Theorie des Concurs-Processes §. 8. Note 5.

S. 79. Z. 5. von unten statt Vgl. den ersten Anhang № II. lies Vgl. den Anhang № II.

S. 80. Z. 2. von unten statt Vgl. auch den ersten Anhang № II. lies Vgl. den Anhang № II.

S. 82. Z 8. von unten statt Vgl. unten Note 23. lies Vgl. §. 13. Note 23.

S. 125. Note 3. ist das Citat Janus a Costa, Summaria in Decretal. ad Lib. 1. Tit. 32. de officio iudicis zu streichen, es gehört auf S. 134. zu Note 5.

Gedruckt in der Universitätsbuchdruckerei von E. A. Huth in Göttingen.

Hartmann, Otto Ernst

Über das römische Contumacialverfahren

Göttingen 1851

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566741-5